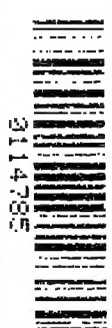


كتاب المبسوط

لشمس الدين السرخسي
المتوفى سنة ٤٩٠ هـ

الجزء السابع
١٣١٣



3114785

Bibliotheca Alexandrina

كِتَابُ
الْمَبْسُوطِ
لِشَمْسِ الدِّينِ السَّرْحِيّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٤٩٠ هِجْرِيَّةً

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ٩٤٢٤/١١ - تلکس: Le 41245 Nasher

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨٥٥٧٣

فاکس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢ - ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣

كِتَابُ المَبْسُوطِ

لِسُتَمْسِ الدِّينِ السَّرْحِيّ

المتوفى سنة ٤٩٠ هـ جَرِيَّة

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جاعة من ذوي الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

لِلجُزءِ الثَّالِثِ

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب البيوع الفاسدة

قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى أو جراب هروى على أن فيه خمسين ثوباً بألف درهم فوجد فيه تسعة وأربعين ثوباً أو أحداً وخمسين ثوباً فالبيع فاسد) لأنه ان وجدته أكثر فأنما يدخل في البيع العددي المسمى من الثياب وذلك خمسون وهو مجهول لأنه وجب على المشتري رد هذه الزيادة وهذه الزيادة مجهولة فيصير الباقي مجهولاً وفي مثله لا يجوز البيع مع الجهالة ألا ترى أنه لو اشترى مما في العدل خمسين ثوباً لا يجوز لأنها متفاوتة في المالة فالمشتري يطالب بخيار العدل والبائع يطميه شرار العدل وكل جهالة تقضي إلى المنازعة فهي مفسدة للمقد فإن وجدته أقل يفسد المقد لجهالة الثمن لأن المسمى من الثمن بمقابلة خمسين ثوباً فيقسم ذلك على قيمة الموجود والمعدوم ولا يدرى صفة المعدوم أنه كيف كان جيداً أو وسطاً أو رديثاً وباختلافه تختلف حصة الموجود فيفسد المقد في الموجود لجهالة الثمن فالبيع بالحصة لا ينعقد صحيحاً ابتداءً فإن كان سمي لكل ثوب عشرة دراهم فوجدته أحداً وخمسين ثوباً كان فاسداً أيضاً لأن الماقد يتناول خمسين ثوباً فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً أيضاً وإن وجدته تسعة وأربعين ثوباً وقد قبض أو لم يقبض كان البيع جائزاً لأن الموجود معلوم والمسمى بمقابلة الموجود من الثمن معلوم فيجوز البيع ويتخير المشتري لفرق المصفة عليه بنقصان ثوب مما سمي وله في عدد الخمسين مقصود لا يحصل ذلك بما دونه فيتخير أن شاء أخذ كل ثوب بما سمي وإن شاء ترك وأكثر مشائخنا رحمهم يقولون بأن هذا الجواب قولها أما عند أبي حنيفة المقد فاسد كله لأنه فسد بمضه بفساد قوى إذا سبب بطلان البيع أقوى من عدم المقود عليه واستدلوا عليه بما ذكر في الزيادات ولو اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل واحد منهما بثمن مسمى فوجد أحدهما مروباً فالمقد كله فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله فإذا كان في الموضع الذي كان أحد الثوبين بخلاف جنس مسمى

يفسد العقد كله في الموضع الذي لم يجد أحد ماسمى أصلاً أولى أن يفسد العقد كله وهما في المعنى سواء لان بطلان العقد عند اختلاف الجنس لانه عدم الجنس الذي سمي وقد تعلق العقد به كذا هنا (قال) رضي الله عنه والاصح عندي أن هذا قولهم جميعاً لان أباحنيفة رحمه الله في نظائر هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهو أنه جعل قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرطاً لقبوله في الآخر وهذا لا يوجد هنا فانه ما شرط قبول العقد في المدوم ولا قصد إيراد العقد على المعدم وانما قصد إرادته على الموجود فقط ولكنه غلط في العدد بخلاف مسألة الزيادات فان هناك جعل قبول العقد في كل واحد من الثوبين شرطاً في قبوله في الآخر وهو شرط فاسد وهكذا الجواب في كل عددي متفاوت نحو ما اذا اشترى قطيعاً من النعم على أنها خمسون فوجده أزيد فالجواب على التقسيم الذي ذكرنا وفي المكيلات اذا اشترى صبرة من حنطة على أنها خمسون فانه يجوز العقد سواء سمي ثمن كل واحد من الثمنان أولم يسم لان القفز ان مما لا تفاوت في نفسها فكانت حصة كل قفيز من الثمن معلومة * وكذلك * الوزينات * وكذلك * في العدديات المتقاربة نحو ما اذا اشترى عدل جوز على أنه خمسة آلاف فاذا هي أقص أو أزيد فانه يجوز العقد لما ذكرنا واذا اشترى الرجل من الرجل عشرين صفقة واحدة بألف درهم فاذا أحدهما حر فالبيع فاسد فيهما فكذا اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمناً فظاهر لان الحر لا يدخل في العقد لان دخول الشيء في العقد بصفة المالية والتقوم وذلك لا يوجد في الحر فلو جاز العقد في العبد انما يجوز بالحصّة والبيع بالحصّة لا ينقصد ابتداء على الصحة لمعنى الجهالة كما لو قال اشترت منك هذا العبد بما يخصه من الالف اذا قسم على قيمته وقيمة هذا العبد الآخر لجهالة الثمن كذلك هنا فان كان سمي لكل واحد منهما ثمنان قال اشترتهما بألف كل واحد منهما بخمسمائة فكذلك الجواب عند أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله العقد جائز في العبد بما سمي بمقابلته من الثمن * وكذلك * لو اشترى شاتين مسلختين فاذا أحدهما ميتة أو ذبيحة مجوسى أو ذبيحة مسلم ترك التسمية عليها عمداً فان ذلك والميتة سواء عندنا. (والجواب) على التفصيل الذي قلنا * وكذلك * اذا اشترى دين من خل فاذا أحدهما حر وهذا الجنس نظير ما سبق اذا أسلم كر حنطة في شعير وزيت فطريقهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وعند تسمية الثمن لكل واحد منهما قد انعدمت العلة المفسدة فيما هو مال متقوم منهما

وهذا لان أحدهما انفصل عن الآخر في البيع ابتداء وبقاء فوجود المفسد في أحدهما لا يؤثر في العقد على الآخر لان تأثيره في العقد على الآخر إما باعتبار التبعية وأحدهما ليس يتبع للآخر أو باعتبار أنهما كشيء واحد وليس كذلك فكل واحد منهما انفصل عن الآخر في العقد ألا ترى انه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في الآخر وذلك فيما اذا كان كل واحد منهما عبداً وانما يشترط قبول العقد في أحدهما لقبول العقد في الآخر اذا صحح الايجاب فيهما حتى لا يكون المشتري ملحقاً بالضرر بالبائع في قبول العقد في أحدهما دون الآخر وذلك لعدم اذا لم يصحح الايجاب في أحدهما وصار هذا كما لو اشترى عبداً أو مكاتباً أو مدبراً فالبيع يفسد في المدبر ويبقى العقد على العبد صحيحاً * كذلك * هنا وأبو حنيفة يقول البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر واشترط قبول العقد في الحر في بيع العبد شرط فاسد والبيع يبطل بالشرط الفاسد (وقولهما) أن هذا عند صحة الايجاب (قلنا) عند صحة الايجاب فيما يكون هذا شرطاً صحيحاً ونحن انما ندعى الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه لا اعتبار بوجود المحلية فيهما وقد ذكر الكرخي رجوع أبي يوسف في فصل من هذا الجنس الى قول أبي حنيفة وهو مسألة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بينا في الصرف فاستدلوا برجوعه في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح فاذا اشترى عبيدين فاذا أحدهما مدبر أو مكاتب أو اشترى جاريين فاذا أحدهما أم ولد جاز البيع في الآخر سواء سمي لكل واحد منهما ثمناً أو لم يسم وعند زفر لا يجوز لان الايجاب في المدبر والمكاتب وأم الولد فاسد لما ثبت اهم من حق العتق وقد جعل ذلك شرطاً لقبول العقد في الفرق بينهما فيفسد العقد كما في مسألة الحر وجه قولهما ان كل واحد منهما دخل في العقد لان دخول الآدمي في العقد باعتبار الرق والتمتع وذلك موجود فيهما ثم استحق أحدهما نفسه فكان بمنزلة ما لو استعقه غيره بان باع عبيدين فاستحق أحدهما فهناك البيع جائز في الآخر سواء سمي لكل واحد منهما ثمناً أو لم يسم بوضحه أن البيع في المدبر ليس بفساد على الاطلاق بدليل جواز بيع المدبر من نفسه فانه اذا باع نفس المدبر من نفسه يجوز وبدليل أن القاضي اذا قضى بجواز بيع المدبر ينفذ قضاؤه وكذلك المكاتب فان بيعه من نفسه جائز ولو باعه

من غيره برضاه جاز في أصح الروايتين والذي روى في النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف
 رحمهما الله بخلاف هذا غير معتمد عليه وكذلك بيع أم الولد من نفسها جائز ولو قضى القاضى
 يجوز بيعها نفذ قضاؤه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ولم ينفذ عند محمد لأن عنده
 اجماع التابعين رحمهما الله على فساد بيعها يرفع الخلاف الذى كان في عهد الصحابة رضوان الله
 عليهم فان هذه المسئلة كان مختلفا فيها في الصدر الاول فكان عمر رضى الله عنه يقول بأن بيع أم
 الولد لا يجوز وعلي رضى الله عنه كان يقول بأنه يجوز ثم من بعدهم من السلف رحمهم الله
 اتفقوا على أن بيع أم الولد لا يجوز والحاصل أن الاجماع المتأخر هل يرفع الاختلاف المتقدم
 عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يرفع وعند محمد يرفع وقضاء القاضى بخلاف الاجماع
 لا ينفذ وعندهما ليس لاجماع التابعين رحمهم الله من القوة ما يرفع الخلاف الذى كان بين
 الصحابة رضوان الله عليهم فكان هذا قضاء في فصل يجتهد فيه فاذا ثبت أن المحل قابل للبيع
 حتى نفذ قضاء القاضى فيه وقضاء القاضى لا ينفذ في غير محله عرفنا أنه دخل في العقد ثم
 خرج فصار كماله خرج بالهلاك قبل القبض فيبقى العقد صحيحا في الآخر حتى اذا كان قبضهما
 لزم البيع في القن بحصة من الثمن وكذلك ان كان عالما بذلك وقت البيع وان لم يكن عالما
 به وقت البيع ولكن علم بذلك بعد القبض كان له أن يرد القن منهما لتفرق الصفقة قبل
 التمام فان خيار تفرق الصفقة بمنزلة خيار العيب فانما يثبت اذا لم يكن معلوما له واذا
 نظر الى ابل أو غنم أو الى رقيق أو الى عدل زطي أو جراب هروى فقال قد أخذت
 كل واحد من هذا بكذا ولم يسم جماعها فالمقد فاسد عند أبي حنيفة في الكل وعندهما جائز
 في الكل وهذا لان الاصل عند أبي حنيفة أنه متى أضاف كلمة كل الى ما لا يعلم منتهاه فانما
 يتناول أدناه وهو الواحد كما لو قال لقلان على كل درهم يلزمه درهم واحد قال (واذا أجز
 داره كل شهر لزم العقد في شهر واحد) عند أبي حنيفة فاذا اشترى صبرة من حنطة كل
 قفيز بدرهم عند أبي حنيفة يجوز العقد في قفيز واحد وعندهما يجوز في الكل واذا كفل
 بنفقة امرأة عن زوجها كل شهر فانما يلزمه ذلك في شهر واحد عند أبي حنيفة وعندهما هو
 كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه فأما فيما يعلم جملته بالاشارة فالقد يتناول الكل
 كما لو كان معلوم الجملة بالتسمية لان الاشارة أبلغ في التعريف من التسمية اذا عرفنا هذا
 فنقول هنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل وعندهما ولا جهالة في ثمن كل واحد

منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى المنازعة فانها ترفع بعد المشار اليه وعند أبي حنيفة لما لم يكن العدد معلوماً عند العقد فانما يتناول العقد واحداً من الجملة ويبيع شاة من القطيع لا يجوز لانها متفاوتة واذا كانت العبرة للاشارة فثمن جميع ما أشار اليه مجهول عند العقد وجهالة مقدار الثمن تمنع صحة العقد وما هو شرط العقد اذا انعدم عند العقد يفسد العقد ولا يمكن اعتبار ايجابه في الثاني كشرط الشهود في النكاح وعلى هذا لو باع صبرة حنطة كل قفيز منها بدرهم ولم يسم عدد الجملة الا ان أبا حنيفة (قال) هناك العقد جائز في قفيز واحد فانه اذا اشترى قفيزاً من الصبرة جاز بالاجماع فان القفز ان لا يتفاوت بخلاف الغنم فان علم مبلغ الجملة بعد الاقتراق لا ينقلب العقد جائزاً لان المفسد قد تقرر بالاقتراق عن المجلس قبل ازالته وان كان ذلك قبل أن يفرق كان العقد استحساناً لان حالة المجلس جعلت كحالة العقد ولو كان يتخير المشتري لتكشف الحالة له الآن فان شاء أخذ الكل بجميع الثمن وان شاء تركه لان مقدار ما يلزمه من الثمن انما يصير معلوماً له الآن فيتخير لاجله وكذلك لو اشترى داراً كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذراعان فهو على هذا الخلاف فعند أبي حنيفة العقد يفسد في الكل لان قيمة الذراعان متفاوت في مقدم الدار ومؤخرها فلا يمكن تصحيح العقد في ذراع منها وكذلك الثوب والخشب ولو اشترى ذراعاً من عشرة أذرع من هذه الدار عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز العقد لان ماسي عبارة عن عشر الدار بمنزلة قوله سهم من عشرة أسهم أو جزء من عشرة أجزاء وعند أبي حنيفة لا يجوز لان الذراع اسم لموضع معلوم يقع عليه الذراع وذلك يتفاوت موضعه من الدار بخلاف السهم والجزء وقد روى عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا اشترى ذراعاً من هذه الدار بكذا يجوز العقد وان لم يقل من كذا ذراعاً ثم يذرع الدار فان كانت عشرة أذرع فله العشر بخلاف ما لو اشترى سهماً من الدار ولم يقل من كذا سهماً لان تلك الجهالة لا يمكن ازالتها فسهماً من سهمين النصف وسهم من عشرة أسهم العشر وفي الذراع يمكن ازالة الجهالة بأن يذرع جميع الدار فيصير الجزء المسمى في العقد معلوماً به واذا اشترى غنماً أو بقراً أو عدل زطى كل اثنين منها بشرة فهو باطل لان ثمن كل واحد غير معلوم فانه يضم الى كل واحد آخر فيقسم العشر على قيمتهما ولا يعرف كيفية الضم أنه يضم الجيد الى الجيد أو الرديء الى الرديء أو الى الوسط فيبقى عن كل واحد مجهولاً وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة فانه اذا وجد شوب عيباً بعد القبض

(٧)

يرد الميب خاصة وتتمكن المنازعة بينهما في ثمنه وكذلك اذا هلك أحدهما قبل القبض واستحق أو تقايلا العقد في ثوب واحد ففرقنا أن هذه الجهالة تفضي الى المنازعة فيفسد العقد بها واذا اشترى عدل ظي بقيمته فالبيع فاسد لجهالة الثمن عند العقد والقيمة ما تظهر عند تقويم المقومين وذلك مجهول عند العقد ويختلف المقومون في التقويم أيضاً ثم ماسمياً تفسير العقد الفاسد لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد مضمون بالقيمة فقد نصا على ماهو حكم العقد الفاسد وكذلك ان قال بحكمه لان ما يحكم به مجهول الجنس والقدر والصفة ويتمكن بسببه منازعة وله أن يرجع عن تفويض الحكم اليه وان لم يرجع حتى مات أحدهما بطل ماله من الحكم وبقي الثمن مجهولاً وكذلك لو قال بألف درهم ويخلف يمينه فالبيع فاسد (قيل) معنى هذا ان المشتري كان ساومه بألف فخلف البائع أن لا يبيعه بألف فاشترى بألف وزيادة بقدر ما يبر به البائع في يمينه وتلك الزيادة مجهولة الجنس والقدر والصفة وقيل بل معناه أن البائع كان حنث في يمينه وكان تهمة تكفره فاشترى منه بألف وما يكفر به البائع يمينه وهذا أيضاً مجهول لان التكفير يكون بالاعتاق تارة وبالكسوة أخرى وبالأطعام تارة وضم المجهول الى المعلوم يوجب جهالة الكل وجهالة الثمن مفسدة للبيع واذا اشترى بألف درهم الادينارا أو بمائة دينار الا درهما أو بألف درهم الا قفيز حنطة أو الاشاة فالبيع فاسد لان المستثنى اذا كان من غير جنس المستثنى منه فانما يستثنى من المستثنى بالقيمة وطريق معرفة القيمة الحرز والظن فلا يتيقن به وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه يوضحه أن الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء وما وراء المستثنى من الالف مجهول فالبيع بالثمن المجهول فاسد وان (قال) قد أخذته منك بمثل ما يبيعه الناس كان فاسداً أيضاً لان المستثنى مجهول الجنس والقدر والصفة والناس في المبيعة يتفاوتون فن بين مسامح ومستعصى واذا فسد البيع فان قبضه وهلك عنده فعليه مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال لان المقبوض بحكم الشراء الفاسد بمنزلة المغصوب أو المقبوض على سوم الشراء في حكم الضمان ولو قال أخذته منك بمثل ما أخذ به فلان من الثمن فان كان ذلك معلوما عندهما وقت العقد فهو جائز والا كان العقد فاسداً فان علم ذلك قبل أن يتفرقا جاز العقد ويتخير المشتري لان حالة المجلس كحالة العقد ولكن انما يكشف الحال للمشتري اذا علم مقدار ما أخذ به فلان رضاه به قبل ذلك لا يكون تاماً فلماذا يتخير بين الاخذ والترك واذا عقد

العقد على انه الى أجل كذا بكذا وبالتقد بكذا أو (قال) الى شهر بكذا أو الى شهرين بكذا فهو فاسد لانه لم يعاطه على ثمن معلوم ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع وهذا هو تفسير الشرطين في بيع ومطلق النهى يوجب الفساد في القعود الشرعية وهذا اذا افترقا على هذا فان كان يتراضيان بينهما ولم يتفرقا حتى قاطعه على ثمن معلوم وأتما العقد عليه فهو جائز لانهما ما افترقا الا بعد تمام شرط صحة العقد. قال (ومن اشترى شيئا فلا يجوز له أن يبيعه قبل أن يقبضه ولا يوليه أحدا ولا يشرك فيه) لان التولية تمليك ممالك بمثل ممالك والاشراك تمليك نصفه بمثل ممالك به والكلام في بيع المبيع قبل القبض في فصول أحدها في الطعام فانه ليس لمشتري الطعام أن يبيعه قبل أن يقبضه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل أن يقبض وكذلك ما سوى الطعام من المتقولات لا يجوز بيعه قبل القبض عندنا (وقال) مالك رضي الله عنه يجوز لأن النبي صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالذكر عند النهى فذلك دليل على أن الحكم فيما عداه بخلافه والا فليس لهذا التخصيص فائدة وحجتنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما لم يقبض (وقال) صلى الله عليه وسلم لفاط بن أسد حين وجهه الى مكة قاضيا وأميرا سر الى أهل بيت الله وانهم عن بيع ما لم يقبضوا وكلمة ما للتعميم فيما لا يعقل ثم تخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل على أن الحكم فيما عداه بخلافه قال الله تعالى (فلا تظلموا فيهن أنفسكم) وذلك لا يدل على أنه يجوز ذلك في غير الاشهر الحرم كيف وراوى هذا الحديث ابن عباس رضي الله عنهما (وقال) بعد روايته وأحسب كل شيء مثله والكلام في هذه المسئلة ينبنى على أصل وهو أن عند مالك فيما سوى الطعام البيع لا يبطل بهلاك المعقود عليه قبل القبض وعندنا يبطل لقوات القبض المستحق بالعقد كما في الطعام فلتوهم الفرر في الملك المطلق للتصرف (قلنا) لا يجوز تصرفه قبل القبض أو لمجزئه عن التسليم بحبس البائع اياه لحقه والاجارة في ذلك كله كالبيع وأما الهبة والصدقة في المبيع قبل القبض لا يجوز عند أبي يوسف (وقال) محمد رحمه الله كل تصرف لا يملك الا بالقبض فذلك جائز في المبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فيقبضه لان تمام العقد لا يكون الا بالقبض والسانع زائد عند ذلك بخلاف البيع والاجارة فانه ملزم بنفسه وقاس بهبة الدين من غير من عليه الدين فانه يجوز اذا سلطه على قبضه بخلاف البيع وأبو يوسف يقول البيع أسرع نقاذا من الهبة بدليل أن الشيوع فيما يقسم

يمنع تمام الهبة دون البيع ثم بيع المبيع قبل القبض لا يجوز لانه تمليك لمين مالكة في حال قيام الفرر في ملكه فالهبة أولى لان الهبة في استدعاء الملك أقوى من البيع حتى يجوز البيع من المأذون والمكاتب دون الهبة ثم المبيع قبل القبض ليس محل التمليك من غيره ألا ترى أنه لا ينفذ البيع فيه وان أجاز به البائع فكان هذا بمنزلة عين مملولة أيضا كالصيد في الهواء وذلك لا يجوز ايجاب البيع والهبة فيه فهذا مثله وأما بيع العقار قبل القبض يجوز في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله ولا يجوز في قوله الاول وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ونهيه صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وبيع العقار قبل القبض بأكثر مما اشترى فيه ربح ما لم يضمن والمعنى فيه انه باع المبيع قبل القبض فلا يجوز كما في المنقول وتأثيره أن ملك التصرف يستفاد بالقبض كما أن ملك العين يستفاد بالعقد ثم العقار والمنقول سواء فيما يملك به العين وهو العقد فكذلك فيما يملك به التصرف أولان السبب وهو البيع لا يتم الا بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد العقد قبل القبض كالوجود وقت العقد والملك انما يتأكد بتأكد السبب وفي هذا العقد العقار والمنقول سواء يوضحه أن قبل القبض المبيع مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمنقول حتى اذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعا وذلك بيده أو بيد نائبه ويد البائع الاول ليست بناتبة عن يده فلا تثبت قدرته على التسليم باعتبارها وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان يبيع العقار قبل القبض في معنى بيع المنقول بعد القبض فيجوز كما يجوز بيع المنقول بعد القبض وانما (قلنا) ذلك لان المطلق للتصرف الملك دون اليد ألا ترى انه لو باع ملكه وهو في يد مودع أو غاصب وهو مقر له بالملك كان البيع جائزا الا أنه اذا بقي في الملك المطلق للتصرف غرر يمكن الاحتراز عنه فذلك يمنع جواز التصرف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الفرر وفي المنقول قبل القبض في الملك غرر لان بهلاكه ينتقض البيع ويبطل ملك المشتري فاذا قبضه انتفى هذا الفرر ولا يبقى الا معنى الفرر بظهور الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه وفي العقار قبل القبض ليس في ملكه الا غرر الاستحقاق لانه لا يتصور هلاكه وانفساخ البيع به وانتهاء الفرر لعدم تصور سببه أصلا يكون أبلغ من انتهاء الفرر اذا تصور سببه ولم يعمل وانما يتصور الفرر فيه من حيث الاستحقاق وذلك لا يمكن الاحتراز عنه والدليل عليه ان

التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر في الملك وكذلك التصرف في المهر قبل القبض يجوز عندنا لانعدام الغرر في الملك فان بالهلاك لا يبطل ملكها ولكن على الزوج قيمته لها وأصحاب الشافعي يختلفون في ذلك فمنهم من يقول التسمية تبطل بهلاك الصداق قبل القبض فلي هذا يقولون لا يجوز التصرف ببقاء الغرر في الملك ومنهم من يقول لا تبطل التسمية وعلى الزوج القيمة وعلى هذا يقولون يجوز التصرف في الصداق قبل القبض فعرفنا ان الاصل ما قلنا والدليل عليه ان التصرف الذي لا يتمتع بالغرر نافذ في المبيع قبل القبض وهو العتق والتزويج وبه يتبين فساد قولهم ان تأكد الملك بتأكده السبب وذلك بالقبض لان العتق في استدعاء ذلك تام في المحل فوق البيع ثم يجوز في المبيع قبل القبض وما يقولون من انه يدخل في ضمان المشتري بالقبض قلنا شرط ثبوت الملك بالتصرف في المحل أصل الملك دون الضمان بدليل جواز التصرف في الموهوب بعد القبض وكذلك القدرة على التسليم كما يثبت بيد غيره اذا لم يمنعه والحديث عام دخله الخصوص لاجماعنا على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض ومثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس فنحمله على المنقول بدليل ما قلنا والدليل عليه ان حق الشفعة يثبت للشفيع قبل القبض والشفيع يملك ببدل فلو كان المقار قبل القبض لا يحتمل التملك ببدل لما ثبت للشفيع حق الاخذ قبل القبض الا ان حق الشفع مقدم على حق المشتري فلا يمكن أن يجعل قائما مقامه فهذا يبطل بأخذه ملك المشتري ويكون عهده على البائع بخلاف المشتري الثاني يوضحه ان المبيع في مكانه الذي يقبضه فيه يتعين فيجوز تصرفه فيه كما بعد قبضه بالتخية وبخلاف المنقول فانه لا يدري في أي مكان يقبضه مالم يقبضه ولا يدخل على شيء لما ذكرنا ان التصرف في المسلم فيه قبل القبض لا نأبى قررنا أثبتنا الملك المطلق للتصرف دون سائر الشروط فمن الشرائط في المبيع العينية وجواز السلم رخصة بخلاف القياس ومن الشرائط الكيل فيما اشتراه مكايلة فلا يجوز التصرف فيه قبل أن يكيله وان كان قبضه قال (رجل باع عبداً آبقاً فهو باطل) نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وعن بيع العبد الآبق ولانه عاجز عن تسليمه والمالية في الآبق ثاوية فهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع حتى أنه وان عاد من إباقه لا يتم ذلك العقد لانه لم يصادف محله بمنزلة مالو باع الطير في الهواء ثم أخذه الا رواية عن محمد فانه يقول الملك والمالية بعد الأبق باق حقيقة والمانع كان هو المعجز عن التسليم فاذا زال صار كان لم يكن

كالراهن يبيع المرهون ثم يفتكه قبل الخسومة. قال (ولو باع جارية كان قد اعتق ما في بطنها أو باعها واستثنى ما في بطنها فهذا فاسد لا يجوز) وقد بينا هذا الفصل في كتاب الهبة. قال (ولو باع عبداً مغبوباً فالباع موقوف فإن جعده الغاصب ولم يكن للمغبوب منه بينة لم يجز البيع) لأنه عقد غير مقدور التسليم للعقد ولأن الملك تأوى في حقه وجواز بيعه باعتبار الملك. قال (وإن أقر به فإن سلمه إليه تم البيع) لأن ملكه قائم في المحل باقرار الغاصب والقدرة على التسليم ثابتة حين سلمه الغاصب فإن لم يسلمه الغاصب حتى تلف انتقض البيع لقوات القبض المستحق بالعقد بمنزلة ماله كان في يد البائع فملك قبل أن يقبضه المشتري فإن قيل قد وجبت القيمة على الغاصب والمبيع إذا فات وأخلف بدلا يبقى البيع كما لو قبله أجنبي قبل القبض (قلنا) هذا إذا وجب البدل بسبب بعد البيع حتى يجعل قيام البدل كقيام الاصل في ابقاء حكم البيع فيه وهنا القيمة تجب في الغصب السابق على البيع بدليل أنه يعتبر قيمته وقت الغصب ولو تعينا البيع باعتباره كان هذا اثبات حكم البيع في القيمة ابتداءً وكذلك لو كان العبد رهنا فباعه الراهن وأبا المرتهن أن يجبره لم يجز البيع وهو موقوف لأن الراهن عاجز عن التسليم فإن حق المرتهن في الحبس لازم ثم في موضع يقول بيع المرهون فاسد وفي موضع يقول جائز والصحيح ما ذكره هنا أنه موقوف وتأويل قوله فاسد يفسده القاضي إذا خوصم فيه وطلب المشتري التسليم إليه ومنع المرتهن ذلك فتأويل قوله جائز إذا اجتازه المرتهن وسلمه إليه وإذا لم يجز المرتهن وفسخه فقيه روايتان في إحدى الروايتين يفسخ البيع حتى لو افتكه الراهن فلا سبيل للمشتري عليه لأن حق المرتهن بمنزلة الملك ومن باع ملك الغير فإن أجازته المالك تم البيع وإن فسخ انفسخ فهذا مثله وفي أصح الروايتين لا يفسخ بفسخه حتى لو صبر المشتري حتى افتكه الراهن كان له أن يأخذه ولفظ الكتاب يدل عليه فإنه (قال) بعد إباء المرتهن وهو موقوف وهذا لأن المرتهن لاحق له في هذا العقد حتى إذا أجازته كان المشتري مملوكاً على الراهن لا على المرتهن بخلاف المالك فإن هناك إذا أجاز العقد كان المشتري مملوكاً عليه فكانت له ولاية الفسخ وهنا للمرتهن حق دفع الضرر عن نفسه بالحبس إلى أن يصل إليه دينه وليست له ولاية فسخ العقد إنما كان ذلك إلى القاضي إذا خوصم وعجز البائع عن التسليم فإنه يفسخ البيع لقطع المنازعة فما لم يوجد ذلك كان البيع موقوفاً. قال (رجل باع سمكا محصوراً في أجرة فالباع باطل) وقال ابن أبي ليلى هو جائز إذا كان قد أخذه

ثم أرسله في الاجرة لان بارساله لا يزول ملكه وان كان لا يتمكن من أخذه الا بالصيد
ولكننا نستدل بما روى عن ابن عمر وابن مسعود رضى الله تعالى عنهما أنهما قالوا لا تبيعوا
السّمك في الماء فانه غرر ثم ان كان لم يأخذه فقد باع ماله بملكه له والتمليك لا يسبق
الملك فهو كبيع الطير في الهواء وان كان قد أخذه ثم أرسله فهو آبق في الماء فيبيع كبيع
الآبق وأنه لا يقدر على تسليمه الا باكتساب سبب يثبت ابتداء الملك به وهو الاصطيد
فكان هذا في معنى الاول. قال (وان كان في وعاء أوجب يقدر عليه بغير صيد فيبيع جائز)
عندنا لبقاء ملكه وقدرته على التسليم من غير صيد والمشتري بالخيار اذا رآه وعند الشافعي
لا يجوز بيعه وأصله شراء ما لم يره ويبانه يأتي ان شاء الله تعالى. قال (وان كان في بركة
يمكن أخذه من غير صيد) فان كان أخذ ثم أرسله فيها فهو كالجب وان لم يأخذه
ولكنه دخل مع الماء فان سد موضع دخول الماء حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد
صار أخذاً له بمنزلة ماله وقع في شبكة فيجوز بيعه وان لم يفعل ذلك لم يجز بيعه لانه لا يملك
السّمك بدخوله في البركة ما لم يأخذه ولم يوجد منه الاخذ لاحقيقة ولا حكماً. قال (واذا
اشترى فصاً على أنه ياقوت فاذا هو غير ذلك فالبيع فاسد) والاصل في هذا الجنس ان من
جمع في كلامه بين الاشارة والتسمية فان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالبيع باطل
لان انعقاد العقد بالتسمية فانما ينقصد على المسمى وهو معدوم وان كان المشار اليه من جنس
المسمى فالبيع جائز لان التسمية تتناول ما وقعت الاشارة اليه فكانت الاشارة من يده مؤيدة
للتسمية فينقصد العقد بالمشار اليه وهو مال الا أنه ان كان المشار اليه دون المسمى فالمشتري
الخيار لفوات شرطه كما لو اشترط في العبد على أنه كاتب فوجده غير كاتب اذا ثبت هذا
فنقول ان كان المشار اليه زجاجاً فالبيع فاسد لانعدام المجانسة وان استهلكه المشتري فعليه
قيمه لانه استهلك ملك الغير بغير اذنه وان سمي يقوتا أحمر والمشار اليه أصفر فالبيع جائز
وللمشتري الخيار لفوات صفة مشروطة وكذلك لو اشترى ثوباً على أنه هروي فاذا هو
من صنف آخر فهو فاسد لان الثياب أجناس مختلفة ولو اشترى شخصاً على أنه عبد فاذا هو
جارية فالبيع فاسد عندنا و(قال) زفر جائز وللمشتري الخيار لان بني آدم جنس واحد ذكرهم
وأناهم كسائر الحيوان ولو اشترى بقرة على أنها أنثى فاذا هي ثور كان البيع جائزاً وكذلك
الابل والبق والغنم فكما يتفاوت المقصود هنا في بني آدم بين الذكور والاناث يتفاوت هناك بوضعه

انه لو اشترى عبداً على أنه تركي فاذا هو رومي أو سندی جاز البيع وبينهما تفاوت فيما هو المقصود وهو المالمية وحجبتنا في ذلك ان الذكور والاناث من بني آدم في حكم جنسين لان ما هو المقصود بأحدهما لا يحصل بالآخر فالمقصود بالجارية الاستفراش والاستيلاد وشيء من ذلك لا يحصل بالفلان فكان التفاوت بينهما في المقصود أبلغ من التفاوت بين الخنطة والشعير وبين المروى والمروى من الثياب وبه فارق سائر الحيوانات لان ما هو المقصود بالعين فيهما لا يتفاوت في الذكور والاناث وذلك اللحم أو الانتفاع من حيث الركوب أو الحمل عليه وإنما التفاوت في صفة المقصود لا في أصله فكان جنسا واحداً كذلك ذكر في الاصل والله أعلم

باب البيوع اذا كان فيها شرط

قال (اذا اشترى عبداً على أنه لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا) وقال ابن أبي ليلى البيع جائز والشرط باطل و (قال) ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح وحكى عن عبد الوارث بن سعيد قال حجبت فدخلت بمكة على أبي حنيفة وسألته عن البيع بالشرط (فقال) باطل فخرجت من عنده ودخلت على ابن أبي ليلى وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط باطل فدخلت على ابن سيرين وسألته عن ذلك (فقال) البيع جائز والشرط جائز فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا على في هذه المسئلة كل الاختلاف فمعجزني أن أسأل كل واحداً منهم عن حجته فدخلت على أبي حنيفة فأعدت السؤال عليه فأعاد جوابه فقلت ان صاحبك يخالفك فقال لا أدري ما قال حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله تعالى عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط فدخلت على ابن أبي ليلى فقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قال (حدثني) هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها لما أرادت أن تشتري بريرة رضي الله عنها أبي مواليها الا بشرط أن يكون الولاء لهم فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلوات الله عليه سلامه اشترى واشترطى لهم الولاء فان الولاء لمن أعتق ثم خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل كتاب الله أحق وشرط الله أوثق والولاء لمن أعتق فدخلت على ابن شبرمة

وقلت له مثل ذلك فقال لا أدري ما قالا (حدثني) محارب بن دثار عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله الانصاري رضي الله تعالى عنهم ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه ناقة في بعض الغزوات وشرط له ظهرها الى المدينة والصحيح ما استدلل به أبو حنيفة فانه حديث مشهور ومطلق النهي يوجب فساد المنهي عنه فأما حديث هشام بن عروة فقد (قال) أبو يوسف وأهم هشام بن عروة ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترط لي لم الولاء لان هذا أمر بالغرور ولا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك ولو صح فتأويله اشترط لي الولاء عليهم واللام تذكر بمعنى على قال الله تعالى (أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار) أو معناه أعلمهم معنى الولاء فلا اشتراط في اللعنة الأعلام ومنه أشرط الساعة قال القائل

فاشترط فيها نفسه وهو معصم والقي بأسباب له وتوكل

أي جعل نفسه علما لذلك الامر وتأويل (حديث) جابر رضي الله تعالى عنه ان ذلك لم يكن شرطا في البيع على أن ماجرى بينهما لم يكن بيما حقيقة وإنما كان ذلك من حسن العشرة والصحة في السفر والدليل عليه قصة الحديث فان جابرا رضي الله تعالى عنه (قال) كانت لي ناقة ثمال فقامت علي في بعض الطريق فأدر كني رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقال) ما بالك يا جابر قلت جري أن لا يكون لي الا ناقة ثمال فزل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن راحتته فدعا بماء ورشه في وجه ناقتي ثم قال اركبها فركبتها فجعلت تسبق كل راحلة (الحديث) الا أن قال أتبيعي ناقتك بأربعمائة درهم قلت هي لك يا رسول الله ولكن من لي بالجل الى المدينة (فقال) صلى الله عليه وسلم لك ظهرها الى المدينة فاشتراها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأربعمائة درهم فلما قدمت المدينة جئت بالناقة الى باب المسجد ودخلت المسجد (فقال) رسول الله صلى الله عليه وسلم أين الناقة قلت بالباب (فقال) صلوات الله عليه جئت لطلب الثمن فسكت فأمر بلالا رضي الله تعالى عنه فأعطاني أربع مائة درهم (فقال) صلى الله عليه وسلم خذها مع الناقة فيما لك بارك الله لك فيها وبهذا يتبين أنه لم يكن بينهما بيع ثم الشرط في البيع على أوجه اما أن يشترط شرطا يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري في المبيع أو شرط تسليم الثمن أو تسليم المبيع فالبيع جائز لان هذا بمطلق العقد يثبت فالشرط لا يزيده الا وكادة وان كان شرطا لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضا كما لو اشترى تملا وشرا كالبشرط أن يحذو بالبائع لان الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ولان في النزوع عن

العادة الظاهرة جرحاً بينا وان كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر . قال (فان كان فيه منفعة لاحد المتعاقدين فالبيع فاسد) لان الشرط باطل في نفسه والمتنفع به غير راض بدونه فتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط فلماذا فسد به البيع وكذلك ان كان فيه منفعة للمعقود عليه وذلك نحو ما بينا انه اذا اشترى عبداً علي أنه لا يبيعه فان العقد يعجبه أن لا تتناوله الايدي وتقام المقد بالمعقود عليه حتى لو زعم أنه حر كان البيع باطل فاشترطه منفعة كاشتراط منفعة أحد المتعاقدين . قال (وان لم يكن فيه منفعة لاحد فالشرط باطل والبيع صحيح) نحو ما اذا اشترى دابة أو ثوباً بشرط أن لا يبيع لانه لا مطالب بهذا الشرط فانه لا منفعة فيه لأحد وكان لنوا والبيع صحيح الا في رواية عن أبي يوسف (قال) يبطل به البيع نص عليه في في آخر المزارعة لان في هذا الشرط ضرراً على المشتري من حيث أنه يتعذر عليه التصرف في ملكه والشرط الذي فيه ضرر كالشرط الذي فيه منفعة لاحد المتعاقدين ولكننا نقول لا معتبر بعين الشرط بل بالمطالبة به والمطالبة تتوجه بالمنفعة في الشرط دون الضرر . قال (واذا اشترى عبداً علي أنه يمتقه فالبيع فاسد) وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أن البيع جائز بهذا الشرط وهو قول الشافعي لحديث بريرة رضي الله عنها فانها جاءت الي عائشة رضي الله عنها تستعينها في المكاتبه (قالت) ان شئت عدتها لاهلك واعتقك فرضيت بذلك فاشترتها وأعتقتها وانما اشترتها بشرط العتق وقد أجاز ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم لها ولان الشراء بشرط الاعناق متعارف بين الناس لان بيع العبد سمة متعارف في الوصايا وغيره وتفسيره البيع بشرط العتق ولان العتق في المبيع قبض حتى اذا أعتق المشتري المبيع قبل القبض صار قابضاً والقبض من أحكام العقد فاشترطه في العقد يلازم العقد ولا يفسده وحجتنا في ذلك نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ولان في هذا الشرط منفعة للمعقود عليه والعقد لا يقتضيه فيفسد به في العقد كما لو شرط ان لا يبيع يوضحه انه لو شرط في الجارية ان يستولدها أو في العبد ان يدبره كان العقد فاسداً فاذا كان اشتراط حق العتق لها يفسد البيع فاشترط حقيقة العتق أولى ودعوا ان هذا الشرط يلازم العقد لا معنى له فان البيع موجب للملك والعتق مبطل له فكيف يكون بينهما ملائمة ثم هذا الشرط يمنع استدامة الملك فيكون ضد ما هو المقصود بالعقد وبيع العبد لسمة

لا يكون بشرط العتق بل يكون ذلك وعداً من المشتري ثم البيع بمقد مطلقاً وهو تأويل
 حديث عائشة رضي الله عنها فإنها اشترت بريرة رضي الله عنها مطلقاً ووعدت لها ان تعتقها
 لترضى هي بذلك فان بيع المكاتب لا يجوز بغير رضاها فان استهلكه المشتري فعليه قيمته لانه
 قبضه بمقد فاسد فيكون مضموناً بالقيمة عند تعذر رد العين وان أعتقه فعليه الثمن المسمى في
 قول أبي حنيفة استحساناً وفي قولهما عليه قيمته وهو القياس لانه قبضه بمقد فاسد وقد تعذر
 رده باعتاقه فيلزمه قيمته كما لو تعذر بيعه أو استهلاكه بوجه آخر يوضحه انه لو اشتراها
 بشرط التدبير أو الاستيلاء كانت مضمونة عليه بالقيمة اذا تعذر ردها ثان وفي بذلك الشرط
 فكذا اذا اشترى بشرط العتق اعتبار الحقيقة الحرمة بحقيقة العتق وأبو حنيفة استحساناً فقال زال
 الفساد قبل تقريره فيجب الثمن كما لو اشتراه بأجل مجهول ثم أسقطه قبل مضيه ويان ذلك أن
 الحكم بفساد هذا العقد كان لخافة أن لا يني المشتري بالعتق وليكون في الاقدام على التصرف
 في ملكه مختاراً غير مجبر عليه وقد زال هذا المعنى حين أقدم على اعتاقه مختاراً وحقيقة
 المعنى فيه أن هذا الشرط لا يلائم العقد بنفسه ولكن يلائم العقد بحكمه لان العتق ينهى
 الملك فان الملك في بني آدم ثابت الي العتق فيكون العتق مهيناً له وانهاء الشيء يقرره
 ولهذا لو اشترى عبداً فأعتقه ثم اطلع على عيب به رجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا باعه
 والدليل عليه ان شراء القريب اعتاق على معنى انه متمم عليه العتق وهي الملك فكان هذا
 الشرط ملائماً بحكمه للعقد وبصورته غير ملائم لان الانسان لا يجبر على انهاء ملكه بالعتق
 وبالشرط يجبر عليه فلا يحكم بفساد العقد على الثبات ولكنه موقوف فان استهلكه بوجه
 آخر يتقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم وان أعتقه تتقرر صفة الجواز باعتبار
 الملازمة بحكم العقد وهو انهاء الملك به فيلزمه الثمن المسمى وانما سماه استحساناً للمعنى التوقف
 فيه في الابتداء ومخالفة صورته معنى بخلاف شرط الاستيلاء والتدبير فالملك به لا ينتهى
 ومعنى الملازمة باعتبار انهاء الملك به فلماذا تتعين صفة الفساد هناك وفي بالشرط أو لم يف. قال
 (واذا اشتراه على أن يقرض له قرضاً أو يهب له هبة أو يتصدق عليه بصدقة أو على ان يديه بكذا
 وكذا من الثمن فالبيع في جميع ذلك فاسد) انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف وعن
 بيعتين في بيعة وكل شيء فسد فيه البيع فالمشتري اذا استهلكه فهو ضامن لقيمه بالغة ما بلغت
 لان الضمان الاصل في البيع ضمان القيمة ولهذا كان المقبوض على سؤم المبيع مضموناً بالقيمة

وقبض النصب ينوب عن قبض الشراء وانما يتجول من القيمة الى المسمى عند صحة السبب وتامه فاذا فسد السبب بقى الضمان الاصلى كما اذا كان البيع بالخيار فان البيع يكون مضمونا على المشتري بالقيمة لعدم تمام السبب . قال (ولو اشترى ثوبا على انه لم يتقدم الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما فالبيع فاسد) في القياس وهو قول زفر . وفي الاستحسان يجوز وهو قول علماؤنا الثلاثة رحمهم الله تعالى وجه القياس انه شرط في البيع اقالة معلقة لخطر عدم النقد ولو شرط اقالة مطلقة فسد به العقد فاذا شرط اقالة معلقة أولى أن يفسد به العقد وهذا الشرط ليس في معنى شرط الخيار لان هناك لو سكت حتى مضت المدة تم البيع وهنا لو سكت حتى مضت المدة بطل البيع وجواز البيع مع شرط الخيار ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس في معناه ولكن تركنا هذا القياس لحديث بن عمر رضي الله تعالى عنهما فانه باشر البيع بهذا الشرط وقول الواحد من فقهاء الصحابة رضوان الله تعالى عليهم مقدم على القياس عندنا لان قوله بخلاف القياس كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يظن به أنه قال جزافا والقياس لا يوافق قوله ففرقنا انه قال سمعنا ثم هذا الشرط من حيث المقصود كشرط الخيار لانه انما يشترط الخيار ليتروى النظر فيه ويكون مخيرا في الايام الثلاثة بين فسخ العقد وتامه بهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود والشرع انما يجوز شرط الخيار لهذا المقصود حتى قال (لحيان بن منعم اذا بايت فقل لا خلا به ولى الخيار ثلاثة ايام . قال) فان اشتراه على انه لم يتقدمه الى اربعة ايام فلا بيع بينهما) فهذا العقد فاسد عند أبى حنيفة كقوله في شرط الخيار فان عنده شرط الخيار أكثر من ثلاثة ايام يفسد العقد وعند محمد العقد جائز بمنزلة شرط الخيار عنده فانه يجوز شرط الخيار مدة معلومة طالت المدة أو قصرت ولم يذكر في الكتاب قول أبى يوسف وفي بعض نسخ المأذون ذكر قول أبى يوسف كقول أبى حنيفة رحمهما الله تعالى وذكر ابن سماعة في نوادره أن هذا قوله الاول فأما قوله الاخير كقول محمد لان هذا في معنى شرط الخيار وقوله كقول محمد في جواز اشتراط الخيار اربعة ايام فكذلك في هذا الشرط . وجه قوله الذي ذكره في المأذون أن القياس ما قاله زفر فان هذا الشرط من حيث الحكم ليس نظير شرط الخيار ولكن تركنا القياس في ثلاثة ايام لقول ابن عمر رضي الله تعالى عنهما فقما زاد على ذلك نأخذ بالقياس وهذا لان الضرر يزداد بطول المدة وقد يجوز أن يحمل العقد لليسير من الضرر دون الكثير منه ألا ترى أنا نجوز

شراء أحد الثياب الثلاثة على أنه بالخيار فيها ثم لا يجوز ذلك في الأربعة لما ذكرنا . قال (وكل فاسد رده المشتري على البائع بربة أو صدقة أو بيع فهو متاركة للبيع ويبرأ المشتري من ضمانه) لأن الرد بسبب فساد البيع مستحق في هذا المحل بعينه شرعا فعلى أى وجه أتى به يقع من الوجه المستحق كرد المصوب والودائع وهذا لأنه ممنوع من تملكه من البائع بسبب مبتدأ ما مور برده لفساد البيع ولا معاوضة بين المنهى عنه ويكره الأمور به فيترك جانب المأمور به في رده عليه . قال (وإن اشترى شيئا وشرط على البائع أن يحمله الى منزله أو يطحن الخنطة أو يخطط الثوب فهو فاسد) لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين والعقد لا يقتضيه لأنه إن كان بعض البدل بمقابلة العمل المشروط عليه فهو اجارة مشروطة في العقد وإن لم يكن بمقابله شيء من البدل فهو اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد وكذلك لو اشترى داراً على أن يسكنها البائع شهراً فهذه اعارة مشروطة في البيع وهو مفسد للعقد أو هذا شرط أجل في العين والعين لا تقبل الاجل . قال (ولو اشترى شيئا على أن يرهنه بالثمن رهناً أو على أن يعطيه كفيلاً بنفسه أو بالثمن فهذا العقد فاسد) والكلام في هذين الفصلين يتقسم على أربعة أقسام أما في شرط الكفيل - واء سمي الكفيل أو لم يسميه فالعقد فاسد إذا كان الكفيل غائباً عن مجلس العقد لأنه لا يدري أيكفل أم لا فيفسد العقد لمعنى الغرر ولأن جواز هذا العقد يتعاق بقبول الكفيل الكفالة ففى شرط قبوله إذا كان غائباً عن مجلس العقد لم يجز العقد وإن قبله بعد المجلس كالمشتري فإن كان الكفيل حاضراً أو حضر وقبل قبل أن يتفرقا جاز البيع استحساناً وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لأن الكفالة عقد آخر ليس من حقوق العقد في شيء واشتراط هذا عقد آخر في عقد البيع مفسد للعقد إذا كان فيه منفعة لأحد المتعاقدين وجه الاستحسان أن المقصود بالكفالة التوثيق بالثمن في معنى اشتراط زيادة وصف الجودة في الثمن ولو اشترط في البيع ثمناً جيداً كان البيع جائزاً ثم تمام هذا العقد بقبول الكفيل فإنه بقبوله ينتفى معنى الغرر فإذا وجد ذلك في المجلس كان هذا بمنزلة انتفاء الغرر عند العقد وشرط الحوالة في هذا كشرط الكفالة لأنه لا ينافي وجود أصل الثمن في ذمة المشتري فإن الحوالة تحويل ولا يكون ذلك إلا بعد وجود الثمن في ذمة المشتري بخلاف ما لو شرط وجوب الثمن ابتداءً على غير المشتري بالعقد فإن ذلك ينافي وجوب العقد فكان مفسداً للعقد . قال (وإن شرط أن يرهنه بالثمن رهناً فإن كان الرهن مجهولاً فالعقد فاسد) لأن قبول العقد في الرهن لا بد

منه عند هذا الشرط وما يشترط قبول العقد فيه لا بد أن يكون معلوما ولكن لو أوفاه
التمن صبح العقد لان الفساد قد زال قبل تقريره لان شرط الرهن للاستيفاء وقد استوفاه
حقيقة وان شرط أن يرهنه هذا المبتاع بعينه ففي القياس العقد فاسد لما يدين أنه شرط عقد في
عقد وفي الاستحسان يجوز هذا العقد لان المقصود بالرهن الاستيفاء فان موجه ثبوت يد
الاستيفاء وشرط استيفاء الثمن ملائم للعقد ثم الرهن بالتمن للتوثيق بالتمن فاشترط ما يتوثق به
كلا اشتراط صفة الجودة في الثمن وكذلك ان سمي مكيلا أو موزونا موصوفا بغير عينه
وجعله رهنا بالتمن لان قبول ذلك في البيع قبول صحيح ألا ترى انه يصلح أن يكون ثمننا
فكذلك يصلح اشتراط رهنا بالتمن فان أبي المشتري أن يرهنه ماسمى لم يجبر عليه لان تمام الرهن
بالقبض ولم يوجد القبض وعلى قول ابن أبي ليلى يجبر عليه لانه ثبت في ضمن عقد لازم فيصير
الوفاء به مستحقا كالعدل في الرهن اذا سلطه على البيع كان مجبرا عليه ولا يملك الراهن
عزله بخلاف التوكيل بالبيع مقصودا ولكننا نقول عقد الرهن ليس من حقوق البيع فلا بد في
اتمامه من اتحاد شرط العقد وتمامه بالقبض فاما لم يوجد لا يلزم حكم الرهن ألا ترى أن يد
الاستيفاء لا تثبت له الا بالقبض فكذا اشتراطه في العقد لا يلزم الا بالقبض ولكن ان أبا
المشتري أن يرهنه فللبائع أن يفسخ العقد لان رضاه بالبيع كان بهذا الشرط فبدونه لا يكون
راضيا واذا لم يتم رضاه كان له أن يفسخ . قال وان باع شيئا من الحيوان واستثنى ما في بطنه
فالباع فاسد لان ما في البطن لا يجوز ايجاب البيع فيه مقصودا فلا يجوز استثناءه مقصودا كاليد
والرجل وهذا لان الجنين مادام متصلا بالأم فهو في حكم الاجزاء ألا ترى أنها تقطع بالمفراض
عنها واجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصودا ولا يكون مقصودا بالاستثناء وهذا لان الجنين
في البطن مجهول ولا يدري أذكر هو أم أنثى واحدا أو مثنى فاذا كان المستثنى مجهولا فالمستثنى
منه يصير مجهولا أيضا وجهالة المقود عليه تمنع جواز العقد وكذلك ان وقع العقد على عدل
بر أو أغنام أو نخيل واشترط أن يرد المشتري أحد العينين أو يأخذ البائع احداهن بغير عينها
فالباع فاسد لان المستثنى مجهول وبه يصير المستثنى منه مجهولا أيضا وهذه جهالة تقضى الى المنازعة
لأنها متفاوتة في المالية فيفسد البيع . قال وان اشترى شاة على أنها حامل فالعقد فاسد لان
الحبل في البهائم وهي زيادة مجهولة . فانه لا يدري ان انتفاخ بطنها من ريج أو ولد وان الولد
حي أو ميت ذكر أم أنثى واحدا أو مثنى والمجهول اذا ضم الى معلوم يصير الكل مجهولا

وكذلك ان شرط أنها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدري لعل الشرط باطل يعني ان
اشترط مقدار من البيع ليس في وسع البائع ايجاده ولا طريق الى معرفته فكان شرطاً
باطلاً فيفسد به العقد . قال (وان شرط أنها حلوب أو لبون لم يذ كر هذا الفصل في الاصل)
وقد ذكر الكرخي أن هذا ما لو شرط أنها تحلب كذا وكذا سواء لان اللبن زيادة مال
منفصل ولا يكون لبونا حلوباً الا به وتلك الزيادة مجهولة على ما مرفصار كما لو اشترى
على أنها حامل وذ كر الطحاوي أن هذا شرط وصف مرغوب فيه فلا يفسد العقد به كما لو
شرط في العبد أنه كاتب أو خبار ولان هذا يذ كر على سبيل بيان الوصف لا على سبيل
الشرط لان هذا وصف مرغوب فيه كما اذا اشترى فرساً على أنها هملاج أو اشترى كلباً على
انه صائد فانه يجوز كذا هنا وهكذا روي الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في
الحلوب بخلاف ما اذا اشترط أنها تحلب كذا لان الفساد باشرط مقدار لبن في الضرع
لا طريق الى معرفته . قال (وكذلك ان اشترى سمساً أو زيتونا على أن فيهما من الدهن كذا
أو اشترى خنطة بشرط أن يطحن منها كذا محتوم دقيق فهذا شرط باطل) لا طريق للبائع
الى معرفته ولا يقدر على الوفاء به فيكون مفسداً للعقد . قال (ولو باع جارية وتبرأ من الحبل
وكان بها حبل أو لم يكن فالبيع جائز) لان الحبل في بنات آدم ألا ترى أن للمشتري حق الرد
به فانما تبرأ البائع من العيب وذلك غير مفسد للعقد . قال وليست البراءة في هذا كالبهائم
فيل معناه كالشرط في البهائم فان الحبل في البهائم زيادة فذكره في العقد شرط زيادة مجهولة
وفي الآدمية عيب فذكره يكون تبرئاً من العيب ولا يكون شرط زيادة مجهولة وقيل معناه
اذا ذكر الحبل في الجارية على وجه التبري عرفنا ان مراده العيب فلا يفسد به العقد واذا ذكره
على وجه الشرط عرفنا ان مراده شرط زيادة مجهولة فيفسد به العقد وقد ذكر هشام عن
محمد رحمه الله أنه اذا اشترى جارية على أنها حامل فالبيع جائز الا أن يظهر المشتري انه
يريد لها للثورة فحينئذ يفسد به العقد لعلنا أنه قصد الحبل بالشرط وهو مجهول وعلى هذا
يحكى عن الهندواني أنه كان يقول أن شرط الحبل اذا وجد من البائع لم يفسد به العقد وأن
شرطه المشتري يفسد لان البائع انما يذ كر الحبل على وجه بيان العيب عادة والمشتري يذ كر
على وجه اشتراط الزيادة . قال (رجل اشترى جارية بجاړيتين الى أجل فالعقد فاسد) لان
الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بدلاً عما هو مال ولان الجنس بانفراده يحرم النساء فان قبض

الجارية فذهبت عنها عند من عمله أو من غير عمله فللبائع أن يأخذها ويضمنه نصف قيمتها لأن العين من الآدمي نصفه وفوات النصف في ضمان المشتري كفوات الكل ولو هلكت كان عليه ضمان قيمتها سواء هلكت بفعله أو بغير فعله فكذلك إذا ذهب نصفها وهذا لأنها صارت مضمونة بالقبض والوصاف تضمن بالقبض ألا ترى أنها تضمن بالنصب فإن الجارية الموصوبة إذا ذهبت عنها عند الغاصب أخذها الموصوب منه مع نصف قيمتها ولو فقأ عينها غيره فإن البائع يأخذها لأن فسخ العقد فيها مستحق شرعا فإدائه ثمة كان على البائع أن يأخذها ثم يتخير في نصف قيمتها فإن شاء ضمن ذلك الفاق وإن شاء ضمن المشتري لأن بالاخذ يفسخ العقد فيها ويعود إلى قديم ملك البائع جناية الفاق كانت على ملكه فله أن يضمنه نصف قيمتها وإن شاء ضمن المشتري ذلك لأنها كانت مضمونة عليه بالقبض بجميع أجزائها فكانت كالموصوبة في هذا الحكم فإن ضمن المشتري يرجع المشتري بذلك على الفاق لأن ملكه تقرر في ذلك الجزء حين ضمن بدله وهو كالمغاصب في ذلك وإن ضمن الفاق لم يرجع على المشتري بشيء لأنه ضمن بجنيته فأما إذا قتلها في يد المشتري قاتل فللبائع أن يضمن المشتري قيمتها ولا سبيل له على القاتل بخلاف الموصوبة فإن الموصوبة إذا قتلها إنسان في يد الغاصب يتخير الموصوب منه أن شاء ضمن الغاصب قيمتها وإن شاء ضمن القاتل بخلاف المشترة شراء فاسداً في يد المشتري لأن الموصوبة على ملك الموصوب منه فالقاتل من القاتل جناية على ملكه فيتخير في التضمن إن شاء ضمن الغاصب بالنصب أو القاتل بالقتل وهنا قد صارت الجارية مملوكة للمشتري بالقبض وبالقتل يتعذر فسخ البيع فيها ولا يعود إلى ملك البائع فلهذا تعين حق البائع في تضمين المشتري وليس له أن يضمن القاتل وفي فقه العين مآخذ فسخ العقد فيها وإذا انفسخ العقد فيها بالرد كانت جناية الفاق على ملك البائع فذلك يتخير البائع إن شاء ضمن القاتل بالقتل وإن شاء ضمن المشتري بالقبض كما في الغصب ثم إذا ضمن البائع المشتري قيمتها في القتل كان للمشتري أن يضمن القاتل قيمتها لأنه أئلف ملكه فيها بالجناية فكان له أن يضمنه قيمتها قال (فلو كانت الجارية كما هي غير أنها ولدت ولدين فمات أحدهما أخذ البائع الجارية والولد الباقي) لأنها في يده كالموصوبة مستحقة الرد بزوالها المتصلة والمنفصلة وهذا لأن الولد متولد من العين ووجوب رد كان حكماً متقررّاً فيها فيسرى إلى الولد ولأن ملك الأصل يسرى إلى الولد والثابت للمشتري في الأصل كان ملكاً مستحق

الازالة بالرد على البائع فثبت مثله في الولد وليس له أن يضمه قيمة الميت بمنزلة ولد المنصوب اذا مات في يد الناصب من غير صنعه لم يضمن لانعدام الصنع منه فهذا مثله قال (فان كانت الولادة قد نقصتها وفي الولد الثاني وفاء بجميع ذلك النقصان فلا شيء على المشتري) لرد ما ينجر به النقصان فان نقصان الولادة ينجر بالولد عندنا وقد ينال ذلك في المنصوبة وكذلك في المشتراة شراء فاسداً والولد الميت صار كان لم يكن فكانها ولدت ولداً واحداً . قال (وان لم يكن في الولد الباقي وفاء بالنقصان فعلي المشتري تمام ذلك) لان انجبار النقصان بالولد لصفة المالية وانما ينجر بقدر مالية الولد وما زاد على ذلك ليس بأزائه ما يجبره فعلي المشتري ضمان ذلك . قال (وان كان الميت مات من فعل المشتري أو منعه بعد طلب البائع حتى مات صار المشتري ضامناً بقيمته يردّها مع الأم) لان الولد انما لم يكن مضموناً عليه لانعدام الصنع الموجب للضمان فيه وقد وجد ذلك بالاتلاف أو المنع بعد الطلب ثم رد قيمة الولد كرد عينه حتى اذا كان فيها وفي مالية الحى وفاء بالنقصان فلا شيء على المشتري وان لم يكن فيها وفاء بنقصان الولادة فعلي المشتري تمام ذلك لان الانجبار بقدر المالية على ما مر . قال (ولو كانت الام هي الميتة والولدان حيان أخذ البائع الولدين وقيمة الام يوم قبضه المشتري) وهكذا القول في كل بيع فاسد لان حق الاسترداد ثابت للبائع في الولدين فلا يسقط ذلك بهلاك الام كالمنصوبة اذا ولدت ثم ماتت كذلك هنا وان كان ضامناً قيمتها للبائع حين قبضها لانها دخلت في ضمانه بالقبض وتمذر ردها فيجب ضمان قيمتها والولد تبع فلا يقوم مقام الاصل في حق الرد حتى لا يسقط برد الولدين ضمان قيمة الأم وان كان في مآلتهما وفاء بذلك بخلاف نقصان الولادة فالغائت هناك وصف هو بيع ثم الخلافة هناك باتحاد السبب فان سبب النقصان والزيادة واحدة وهذا لا يوجد هنا فان موت الام لم يكن بالولادة ولو كان بالولادة فالولادة من حيث أنها موت لا توجب الزيادة ولذا لا ينجر قدر النقصان بالولدين بعد موت الام حتى يضمن بمآل قيمتها لان هنا لا يحتاج الى جبر النقصان بعد موت الام لان الملك يثبت للمشتري بعد القبض على ما ذكرنا وتقرر القيمة عليه من حين قبضها فاذا مات تبين أن ذلك النقصان حاصل في ملك المشتري فلا تقع الحاجة الى جبر هذا النقصان بالولد بخلاف ما اذا بقيت الام لانه أمكن فسخ العقد فيها بالرد فان ردها عادت الى قديم ملك البائع فتبين أن النقصان حصل فوتمت الحاجة الى انجبار النقصان بخلاف قائم مقامه وهو الولد فلماذا افترقا . قال (والبيع الفاسد ينمقد موجبا للملك اذا

انصل به القبض عندنا وعند الشافعي لا ينعقد للملك وفي الحقيقة هذه المسئلة تنبئ على مسئلة من أصول الفقه وهو أن النهي عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة عندنا فإن ذلك موجب النسخ والنهي عن النسخ وعندنا يخرجها من أن تكون مشروعة بمقتضى النهي فإن صفة القبح من ضرورة النهي كما أن صفة الجنس من ضرورة الامر والمشروع ما يكون مرضياً والقبيح ما لا يكون مرضياً فينعدم أصل العقد لضرورة النهي ومقتضاه ولكننا نقول موجب النهي الانتهاء على وجه يكون المنتهى مختاراً فيه كما أن موجب الامر الائتمار على وجه يكون المؤتمر مختاراً فيه فإن استحقاق الثواب والعقاب ينبئ على ذلك وذلك لا يكون الا بعد تقرير المشروع مشروعاً باعتبار هذا الاصل ثم يخرج المقتضى عليه بحسب الامكان أولى من اعلام المقتضى بالمقتضى وهذه في أصول الفقه فأما التخريج هنا على الاصل المتفق عليه وهو أن النهي متى كان لمعنى في غير النهي عنه فإنه لا يعدم المشروع كالنهي عن البيع وقت النداء وان كان النهي عنه بعدمه كالنهي عن بيع المضامين والملاقيح والشافعي يقول في البيوع الفاسدة النهي لمعنى في غير النهي عنه ولهذا أفسد البيع ويتضح هذا في البيع بالخمر فالبيع مبادلة مال متقوم بمال متقوم والخمر ليس بمال متقوم حتى لا يملك بالعقد وان قبض فلا ينعقد موجبا حكمه ففرقنا أنه غير منعقد في حق حكمه وهو الملك والدليل عليه ان البيع موجب للملك بنفسه ثم الفاسد منه لا يكون موجبا للملك بنفسه ففرقنا أنه ليس ينعقد في حكم الملك وثبت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد بالمقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولا عقد وان كان منعقداً بصفة الفساد لما منعت ثبوت الملك بالبيع قبل القبض فكذلك بعده لان الفساد قائم بعده ولان بالقبض يزداد الفساد والحزمة وكل ما يمنع ثبوت الملك بالبيع قبل القبض يمنع بعد القبض كخيار الشرط وهذا في معناه لان مع خيار الشرط لا يتم الرضا من البائع ومع الفساد كذلك فإنه لو صار مملوكاً انما يصير مملوكاً بالقيمة والبائع لم يرض بهذا ولهذا ثبت خيار الفسخ لكل واحد منهما ولان هذا عقد معاوضة فالفساد منه لا ينعقد موجبا للملك كالنكاح وهذا لان الملك مشروع محبوب فيستدعى سبباً مرضياً شرعياً بخلاف الكتابة الفاسدة حيث انعقد العقد مع صفة الفساد ففيها معنى المعاوضة واليمين لانه تعليق العتق بشرط الاداء والحزمة لا تمنع صحة التعليق لو كما (قال) ان زينت فأنت حرة فانما ينزل العتق هناك لمعنى التعليق دون المعاوضة

وحجبتنا في ذلك من حيث التخريج علي الاصل المجمع عليه أن يقول هذا النهي لمعنى في غير
 النهي عنه لان البيع ينعقد بالايجاب والقبول في محل قابل له ولا يحتل شيء من ذلك بالشرط.
 الفاسد وانعقاد العقد يوجب ركنه من أهله والنهي كان للشرط وهو وراء ما يتم العقد به
 وكذلك النهي عن الربا للفضل الخالي عن المقابلة وهو وراء ما يتم به العقد فلا ينعقد فيه أصل
 العقد والعقد لا ينعقد شرعا الا موجبا حكمه لان الاسباب الشرعية تطالب لاحكامها فاذا
 كانت خالية عن الحكم تكون لغاؤل لكن الحكم متصل بها تارة ويتأخر أخرى كالمدة فانها
 عقد تملك ثم الملك بها يتأخر الي القبض (قوله) بان البيع يفسد به (قلنا) لان النهي اتصل
 بوصفه لان الخيار والاجل لو كان جائزا كان عمله في تغيير وصف العقد لا في تغيير أصله
 فكذلك اذا كان فاسدا يكون عمله في تغيير وصف العقد حتى يصير العقد فاسدا وليس
 من ضرورة انعدام الوصف انعدام الأصل بل من ضرورته انعقاد الأصل فالصفة لا تكون
 بدون الموصوف وهكذا نقول في النكاح فانه ينعقد مع الفساد ولهذا يتعلق به وجوب المهر
 والمدة والنسب عند الدخول الا انه لا يثبت الملك به لان الحكم يثبت بحسب النسب فالعقد
 الفاسد انما يثبت ملكا حراما وليس في النكاح الا ملك الحل وبين الحل والحرم منافاة
 فكان من ضرورة الفساد هناك انتفاء الملك وهنا بالبيع الفاسد انما يثبت ملك حرام ولهذا
 لو كانت جارية لا يحل له وطؤها وليس من ضرورة ثبوت الحرمة انتفاء ملك المهر كالمصير
 يتخمر يتي مملوكا وان كان حراما وكشراء الرجل أخته من الرضاع فيملكها وان كانت حراما
 عليه فثبتنا الملك لهذا ولكن العقد بصفة الفساد يضعف فيتأخر الحكم الي انضمام ما يقوم اليه
 وهو القبض كمقد التبرع ولانه لو ثبت الملك قبل القبض يثبت بغير عوض فان المسمى لا يجب
 للفساد والضمان لا يجب الا بالقبض فلماذا تأخر الملك الي ما بعد القبض وهكذا نقول في البيع
 بشرط الخيار فانه انعقد مفيداً لحكمه ولكنه تأخر ثبوت الحكم الي سقوط الخيار علي أن
 ذلك في معنى المعلق بالشرط لانه يقول علي أني بالخيار والمعلق بالشرط مقدم قبل الشرط
 ألا ترى انه تعذر أعمال التعليق في أصل السبب فيجمل عاملا في الحكم وليس من ضرورة
 الفساد انعدام العقد شرعا كالأحرام يفسد بالجماع وبقي أصله والطلاق في حالة الحيض حرام
 شرعا ويكون مفيدا بحكمه والظهار حرام شرعا ثم ينعقد موجبا حكمه والدليل عليه أن المقبوض
 يصير مضمونا والضمان انما يجب بطريق الجبر ان أو بالعقد وهنا وجوب الضمان ليس بطريق

الجبر لانه يتبضه باذن المالك فمرفنا أن وجوب الضمان بالعقد وهكذا نقول في المقبوض على
سوم البيع انه مضمون بالعقد ولكن علي وجه وهو أن يحمل الموعود من العقد كالمحقق
وليس بينهما عقد موجود هنا فمرفنا أن الضمان باعتبار العقد المتحقق وإذا ثبت هذا في البيع
مع الشرط الفاسد فكذلك في الربى لان الفساد يكون لمعنى في وصف العقد فان بالغفل يصير
البيع رابحا وكذلك في البيع بالخمر فان ركن العقد المالية في البديلين وبخمر المصير لا تنعدم
المالية وإنما ينعدم التقوم شرعا فان المالية تكون بكون العين منتفعا بها وقد اثبت الله تعالى
ذلك في الخمر بقوله تعالى (ومنافع للناس) ولانه كان مالا متقوما قبل التحريم وإنما ثبت
بالنص حرمة التناول ونجاسة العين وليس من ضرورته انعدام المالية كالسرقين الا أنه
فسد تقومه شرعا لضرورة وجوب الاجتناب عنه بالنص ولهذا يكون مالا في حق أهل
الذمة فانمقد العقد بوجود ركنه في محله بصفة الفساد ولكن الخمر لا يملك بالقبض لانه غير
متقوم شرعا فيملك بادائه لانعدام العقد موجبا للملك فيه بخلاف البيع بالميتة والدم فذلك ليس
بمال في حق أحد فلا انعدام ركن العقد في محله لا ينعدم العقد . قال (ولو كان المشتري أعتق
الجارية التي اشتراها بعقد فاسد بعد قبضه اياها أو باعها أو أمهرها أو وهبها وسلمها أو دبرها
أو كاتبها أو استولدها جاز جميع ذلك) لانه تصرف في ملكه وهذا التعليل نص عليه محمد في
كتاب الشهادات في نظير هذا قال (لانه مالك رقبتها وهنا) قال (لان البائع سلطه عليها
وهو اشارة الي ما قلنا لان التملك تسليط علي التصرف فصار كما لو سلطه على الاعتاق نصا
يأن (قال) أعتقها ألا ترى أنه ذكر في كتاب الاستحسان اذا اشترى طعاما حل له أن
يتناول من ذلك الطعام لان البائع سلطه على ذلك فلما كان في العقد الجائز يعتبر التسليط في
حق تناول الطعام فكذا في حق الفاسد ولهذا قلنا أنه لا يحل له أن يطأها لان الوطء مما
لا يستباح بصريح التسليط فكذلك لا يستباح به دلالة ويعود التصرف باعتبار أصل الملك
دون صفة الحل وقد ثبت أصل الملك فيثبت التسليط علي التصرف ثم قد تعذر رد عينها فيلزمه
رد قيمتها وإنما تعذر الرد باعتبار هذه التصرفات نحو البيع والهبة وما أشبه ذلك لان المشتري
شرا فاسدا لما باع من غيره وسلمه اليه تعلق بهذا العين حق المشتري الثاني وحق الله تعالى
من حيث فسخ العقد بالرد علي البائع الاول وحق الله تعالى مع حق العبد اذا اجتمعا تقدم
حق العبد لانهما ناسا بحق الله تعالى ولكن الله تعالى أغنى والمفوض منه أرجى بخلاف المشتري من

الفاصل لانه تعلق به حق المشتري وحق المنصوب منه وكل واحد من الحقين حق العبد
 فترجع حق المنصوب منه لانه أسبق . قال (وليس عليه في الوطاء مهر وفي كتاب السرب
 يقول وعليه العقر قبل تأويل المسئلة اذا لم يستولدها بالوطاء حتى ردها علي البائع فان ردها
 ينسخ الملك من الاصل فتبين أن الوطاء صادق ملك الغير فيلزمه العقر بالوطاء وهنا قال
 استولدها وبالاستيلاد يتقرر ملكه فانما وطئها وهي مملوكة له فلا يلزمه العقر بذلك وقيل ما
 ذكر هنا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وما ذكر هناك قول محمد وأصله فيما ذكر
 هشام أنها لو زادت في يد المشتري في بدنها ثم أعتقها فعليه ضمان قيمتها وقت القبض عند أبي
 حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى وعند محمد وقت العتق فلما كان محمد ثبت حق البائع في
 الزيادة ويجعلها مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفي بالزيادة في حكم زيادة هي
 ثمرة ومن أصلها أن الزيادة تكون في يد مضمونة على المشتري بالاتلاف فكذلك المستوفي
 بالوطاء فلهذا لا مهر عليه . (قال) وان رهنها فعليه قيمتها لان عقد الرهن اذا اتصل به القبض
 يكون لازما في حق الراهن فيثبت به عجزه عن رد العين فلهذا لزمته قيمتها وان افتكها قبل أن
 يضمه القاضي قيمتها ردها عليه لان المانع قد زال قبل تحول حق البائع الي القيمة وكذلك
 ان عجزت عن الكتابة لان المانع حق المكاتب وقد سقط قبل أن يتحول الحق الي القيمة
 فان التحول انما يكون بقضاء القاضي فكذلك ان رجع في الهبة بقضاء أو بغير قضاء ردها
 على البائع لانه يعود اليه قديم ملكه في الوجهين فكذلك ان رد عليه بميب قبل أن يقضى القاضي
 عليه بالقيمة فان ذلك كله يمنع قضاء القاضي بالقيمة فان كان ذلك كله بعد قضاء القاضي بالقيمة
 فقد تم تحول الحق الي القيمة فلا يعود في العين بعد ذلك كما لو أبق المنصوب فقضى القاضي
 بقيمته على الفاسد ثم عاد . قال (ولو كان أجراها فله أن ينقص الاجارة ويردها) لان
 الاجارة تنسخ بالاعذار وقيام حق الشرع في الرد لفساد السبب منه أقوى الاعذار فتفسخ
 الاجارة ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيبا كان له أن ينقص الاجارة ليرده
 فهذا أولى . قال (وان اشترى الرجل شيئا الى الحصاد أو الى الدياس أو الى العطاء أو الى
 جذاذ النخل أو رجوع الحاج فهذا كله باطل) بلغنا نحو ذلك عن ابن عباس رضي الله تعالى
 عنهما وقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في البيع الى العطاء فان عائشة رضي الله تعالى
 عنها كانت تجيز البيع الى العطاء وابن عباس رضي الله تعالى عنهما كان يفسد ذلك وابن

أبي ليلى رحمه الله أخذ بقول عائشة رضي الله تعالى عنها (وقال) البيع جائز والمال حال لان العقد لما لم يكن صالحا الاجل الذى ذكره لنبي ذكره فأما عائشة كانت تقول وقت خروج العطاء معلوم بالعرف لا يتأخر الخروج عنه الا نادراً فكان هذا بيعاً بأجل معلوم ولكننا أخذنا بقول ابن عباس رضى الله عنهما لان العطاء فعل العباد قد يتقدم وقد يتأخر بحسب ما يبدوا لهم والآجال بالاوقات دون الافعال قال الله تعالى (قل هي مواعيت للناس والحج) ثم الشرط فى البيوع ببدل مؤجل اعلام الاجل كما قال صلى الله عليه وسلم فى السلم الى أجل معلوم واعلام الاجل يكون بما لا يتقدم ولا يتأخر من الايام والشهود فأما ما يتقدم ويتأخر من أفعال العباد يكون مجهولاً وكذلك الحصاد فانه من أفعالنا وقد يتقدم أو أنه قد يتمجل الحر وقد يتأخر اذا أبطأ البرد والدياس وجذاذ النخل كذلك ورجوع الحاج فعله قد يتقدم وقد يتأخر . قال (فان أبطل المشتري الاجل الفاسد وتقد الثمن فى المجلس أو بعد الافتراق عن المجلس جاز البيع) عندنا استحساناً . قال (زفر والشافعي رحمهما الله تعالى لا يجوز البيع لانه انعقد فاسداً وتصحيح العقد الفاسد فى استقباله كالنكاح بغير شهود لا ينقلب صحيحاً بالشهاد والنكاح الى أجل لا ينقلب صحيحاً باسقاط الاجل ودليل فساد العقد أن المبيع مضمون على المشتري بالقيمة لو هلك فى يده وأن كل واحد منهما يتمكن من فسخ العقد بغير رضا صاحبه وان للبائع أن يسترده بزوائده المتصلة والمنفصلة ولكننا تقول المانع من صحة البيع زال قبل تقررره فيصح البيع كما لو باع فصاً فى خاتم أو جذعاً فى سقف ثم نزع وسلمه الى المشتري البيع كان صحيحاً وتحقق هذا الكلام ان نفس الاجل غير مفسد للبيع وانما المفسد جهالة وقت الحصاد وذلك غير موجود فى الحال فالشتاء ليس زمان الحصاد يمين ولكنه وصل ذلك الزمان بما قبله فى الذكر ولا جله فسد العقد وهذا اتصال يمرض للفصل فاذا أسقطه محجيء أو ان الحصاد فقد تحقق الانفصال فبقى العقد صحيحاً كما فى الجذع فانه عين مال متقوم ولكن لا اتصاله بالسقف وللضرر فى نزع كان لا يصح البيع فاذا نزع زال ذلك المعنى كذا هذا حتى لو جاء زمان الحصاد وتحقق الاتصال على وجه لا يمكن فصله بتقرر الفساد وهذا بخلاف النكاح بغير شهود لان المفسد هناك انعدام شرط الجواز ولا يزول ذلك بالشهاد بعد العقد والنكاح الى أجل متممة والمتعة عقد آخر سوى النكاح وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وأمطار السماء لان ذلك ليس بأجل فالأجل ما يكون منتظر الوجود وهبوب الريح وأمطار السماء قد يتصل بكلامه

فمرفنا انه ليس بأجل بل هو شرط فاسد ولا جله فسد العقد وهذا بخلاف ما اذا باع بألف وربطل من خرفان ذلك العقد ينقلب صحيحا عندنا اذا اتفقا علي اسقاط الحجر نص عليه في آخر الصرف الا أن هناك لا ينفرد به البائع لانه تصرف في البدل فلا يتم الا بهما وهنا ينفرد به من له الاجل لانه خالص حقه فيسقط بأسقاطه . قال (وان اشترى الى النيروز أو الى المهرجان فهو فاسد) أيضا لانه ليس من آجال المسلمين ولانهم لا يعرفون وقت ذلك عادة وان كان معلوما عند المتعاقدين فهو جائز بمنزلة الاهلة لان الشرط اعلام المتعاقدين الاجل بينهما وكذلك الى الميلاد قبل المراد وقت نتاج البهائم وذلك قد يتقدم وقد يتأخر بمنزلة الحصاد وقبل ولادة امرأة بعينها هي حبلى وقد يتقدم وقد يتأخر وقبل وقت ولادة عيسى عليه السلام وذلك غير معلوم عند المسلمين وكذا الى صوم النصارى لان المسلمين لا يعرفون وقت ذلك وقد يتقدم وقد يتأخر وكذا الى فطر النصارى قبل أن يشرعوا في صومهم لان ذلك قد يتقدم وقد يتأخر بحسب شروعهم في الصوم الا أن يكون ذلك معلوما عند المتعاقدين على وجه لا يتقدم ولا يتأخر وان اشتراه الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في الصوم جاز لان مدة صومهم معلومة بالايام فاذا شرعوا في الصوم صار وقت فطرهم معلوما . قال (واذا اشترى شيئا الى أجلين وتفرقا عن ذلك لم يحز) لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الشرطين في بيع وان ساومه على ذلك ثم قاطمه على احدهما وأمضي البيع عليه جاز ولا بأس بطيلسان كردي بطليسانين حواريين الى أجل لانهما جنسان باختلاف الصنعة والمقصود وكذا لا بأس بمسح موصلي بمسحين ساريين الى أجل وكذلك لا بأس بقطيفة يمانية بقطيفتين كرديتين الى أجل وهذا مبنى على الاصل الذى بينا ان اختلاف الصنعة والمقصود تختلف باختلاف الجنس وان كان الاصل واحداً وحرمة النساء لا تثبت الا باعتبار أحد الوصفين والله أعلم

باب الاختلاف في البيوع

قال رحمه الله اذا اشترى سمنا أو غيره في زق فايزنه ثم جاء بالزق ليرده فقال البائع ليس هذا بزق وقال المشتري بل هو زقك فالقول قول المشتري مع يمينه لان الزق امانة في يد المشتري والقول في تعيين الامانة قول الامين وان كان مضوناً في يده كان القول في تعيينه أيضا قوله كالمصوب ولان حقيقة الاختلاف بينهما في مقدار ما قبض من المقيود

عليه فان ذلك يختلف باختلاف وزن الزرق فالبايع يدعى الزيادة فعليه البيعة والمشتري منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه . قال (وان اشترى عبدين فقبض أحدهما ومات عنده ومات الآخر عند البايع ثم اختلفا في قيمة المقبوض وفي قيمة الآخر فالقول قول المشتري مع يمينه) لان حاصل اختلافهما في مقدار ما قبضه المشتري فالبايع يقول قبضت ثلثي المقبوض عليه فان قيمة المقبوض ألف وقيمة الآخر خمس مائة والمشتري ينكر ذلك ويقول ما قبضت الا ثلث المقبوض عليه فان قيمة المقبوض خمسمائة وقيمة الآخر ألف فالقول قول المشتري مع يمينه لانكاره القبض فيما زاد علي الثلث ألا ترى أنه لو اشترى كر حنطة فقبض بعمسه وهلك الباقي عند البايع (فقال) المشتري قبضت منك ثلثه و (قال) البايع نصفه كان القول قول المشتري مع يمينه ولو كان المشتري قبض العبدین فمات أحدهما عنده وجاء بالآخر يردده بالعيب فاختلفا في قيمة الميت كان القول قول البايع مع يمينه لان المشتري هنا قبض جميع المقبوض عليه ثم وقع الاختلاف بينهما في مقدار ما رده بالعيب فالمشتري يدعى الزيادة فيه والبايع ينكره فكان القول قول المنكر مع يمينه يوضح الفرق نحن نعلم أن الثمن كله لم يقرر على المشتري وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما تقرر من الثمن على المشتري فالبايع يدعى في ذلك زيادة والمشتري منكر ردهما اتفاقا ان جميع الثمن متقرر على المشتري بالقبض ثم الاختلاف بينهما في مقدار ما سقط عنه بالرد فالمشتري يدعى زيادة في ذلك والبايع منكر فكان القول قوله مع يمينه ويقسم الثمن على قيمة الذي يريد رده غير معيب وعلى قيمة الميت كما أقر به البايع لان الاتقسام على قيمة المبيع كما دخل في المقدود قد دخل في المقد غير معيب ولو أقاما جميعا البيعة على قيمة الميت أخذت بيعة البايع أيضا لانها مثبتة الزيادة في المشهود به وهو قيمة الميت والمثبت للزيادة من البيعتين يرجع . قال (واذا اختلف البايع والمشتري في الثمن والسلعة قائمة في يد البايع أو المشتري فانهما يتحالفان ويتردان) استجسانا وفي القياس القول قول المشتري لانهما التفقا على أصل البيع وادعى البايع زيادة في حقه وهو الثمن والمشتري منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من أنكر ولكن تركنا القياس بالسنة والمروى في الباب حديثان أحدهما حديث ابن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) اذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة بينهما فالقول ما يقوله البايع ويترادان (والثاني) حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا اختلف المتبايعان

تحالفا وترادا فالحديث صحيح مشهور فيترك كل قياس بمقابله وكان أبو حازم القاضي يقول ان
 كانت السلعة في يد البائع فالتحالف بطريق القياس لان كل واحد منهما يدعى حقا لنفسه على
 صاحبه فان البائع يدعى زيادة الثمن والمشتري يدعى وجوب تسليم السلعة اليه عند أداء ما أقر به
 من الثمن فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه قياسا وان كانت في يد المشتري فالتحالف
 بخلاف القياس لان المشتري لا يدعى لنفسه على البائع شيئا فان المبيع مسلم اليه باتفاقهما وكان
 أبو يوسف يقول أولا يبدأ يمين البائع وهو قول زفر واحدى الروايتين عن أبي حنيفة لان
 الشرع جعل القول قول البائع وهو يقتضى الاكتفاء بيمينه وان كان لا يكتفى بيمينه فلا
 أقل من أن يبدأ بيمينه ولان المقصود من الاستحلاف النكول وبكوله تنقطع المنازعة
 بنفسه وبكول المشتري لا تنقطع المنازعة ولكن يجبر على اداء ما ادعى من الثمن واليمين
 تقطع المنازعة فيبدأ يمين من يكون نكوله أقرب الى قطع المنازعة ثم رجع فقال يبدأ يمين
 المشتري وهو قول محمد وإحدى الروايتين عن أبي حنيفة لانه أظهرهما انكارا واليمين
 على المنكر ولان أول التسليمين على المشتري وهو تسليم الثمن فأول اليمينين عليه ولهذا قلنا في
 بيع المقابضة الناضى يبدأ يمين أيهما شاء لانه لا يجب على أحدهما التسليم قبل صاحبه وأيها
 نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله بدل أو هو قائم مقام الاقرار وان حلقا جميعا
 معا ذكر في كتاب الدعوى ان في القياس يكون البيع بينهما بألف درهم لان الزيادة التي
 ادعاها البائع انتفت بيمين المشتري وقد تصادقا على صحة البيع بينهما فيقضي بالبيع بما وقع
 عليه الاتفاق من الثمن ولكننا تركنا القياس وقلنا يفسخ البيع بينهما بالسنة وهو قوله صلى
 الله عليه وسلم ویرادان والمراد رد العقد لا رد المقبوض لان ما يكون على ميزان التفاعل
 يقتضى وجوده من الجانبين وأحد البدلين غير مقبوض وقد بينا في السلم انه انما يفسخ العقد اذا
 طالب ذلك أحدهما وأيهما أقام البينة أوجب قبول بينته أما البائع فلانه مدعى حقيقة وقد أثبت
 الزيادة بالبينة وأما المشتري فلانه مدعى صورة لانه يدعى العقد بألف درهم والدعوى صورة
 تكفى القبول البينة كالمودع اذا ادعى الدويعة وأقام البينة وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة البائع
 لما فيها من إثبات الزيادة. قال (وان كانت السلعة قد هلكت في يد المشتري ثم اختلفا في الثمن)
 فلي قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى القول قول المشتري مع يمينه وعند محمد
 والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفا ویرادان العقد لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا

المتبايعان وترادا ولا يمنعا من الاستدلال لظاهر هذا الحديث الآخر من ظاهر قوله والسلعة قائمة بعينها لان ذلك مذكور على سبيل التثنية أى تحالفا وان كانت السلعة قائمة لان عند ذلك يتأتى تميز الصادق من الكاذب بتحكيم قيمة السلعة في الحال ولا يتأتى ذلك بعد هلاك السلعة فاذا كان تحري التحالف مع امكان تميز الصادق من الكاذب فعند عدم الامكان أولى ولان التحالف عند قيام السلعة انما يصار اليه لان كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فالبيع بألف غير البيع بالالفين ألا ترى أن شاعدي البيع اذا اختلفا في مقدار الثمن لا تقبل الشهادة والدليل عليه أنه لو انفرد كل واحد منهما باقامة البينة وجب قبول بينته فعرفنا أن كل واحد منهما يدعى عقدا ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهذا المعنى عند هلاك السلعة متحقق فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والاخر الهبة أو كان البيع مقابضة وهلك أحد البديلين ثم اختلفا أو قبل المبيع قبل القبض ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفا ثم اذا حلفا فقد اتقى كل واحد من الثمين يمين المنكر منهما فيبقى البيع بلا ثمن والبيع بغير ثمن يكون فاسداً والمقبوض بحكم عقد فاسد يجب رد عينه في حال قيامه ورد قيمته بعد هلاكه وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى استدلا بقوله صلى الله عليه وسلم البينة على من ادعى واليمين على من أنكر والبائع هو المدعى والمشتري منكر فكان القول قوله مع اليمين فاما المشتري لا يدعي لنفسه شيئاً على البائع لان المبيع مملوك له مسلم اليه باتفاقهما وهذا هو القياس حال قيام السلعة أيضاً ولكننا تركناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة بعينها مذكور على وجه الشرط لاعلى وجه البينة لان قوله اذا اختلفا المتبايعان شرط وقوله والسلعة قائمة بعينها معطوف على الشرط فكان شرطاً لان موجب الاشتراط والمخصوص من القياس بالسنة لا يلحق به الا ما كان في معناه وحال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة لأن عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه يفسخ العقد فيعود الى كل واحد منهما رأس ماله بعينه وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ الا ترى انه لا يفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وهذا لان الفسخ لا يراد الا على ما ورد عليه العقد والمعقود عليه فأتى الى بدل فان القيمة قبل الفسخ لا تكون واجبة على المشتري والفسخ على غير محله لا يتأتى بخلاف بيع المماضية فان أحد الموضين هناك قائم وهو معقود عليه ولهذا جاز

الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذلك بالتحالف وكذلك اذا قبل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد عليها القبض المستحق بالعقد كانت في حكم المعقود عليه ولا معنى لقوله ان كل واحد منهما يدعى عقداً آخر فان العقد لا يختلف باختلاف الثمن الا ان الوكيل بالبيع بالف يبيع بالفين وان البيع بالف قد يصير بالفين بالزيادة في الثمن والبيع بالفين يصير بالف عند خط بعض الثمن واختلاف الشاهدين في مقدار الثمن انما يمنع قبول الشاهدة لا لاختلاف العقد بل لان المدعي يكذب أحدهما وقبوله بينه المشتري عند الانفراد لانه مدعي صورة لا معنى وذلك يكفي لقبول بينته ولكن لا يتوجه به اليمين على خصمه كالمودعي يدعى رد الوديعة فلا يتوجه اليمين على خصمه وان كانت بينته تقبل عليه والدليل عليه ان المشتري لو كان جارية حل للمشتري وطؤها ولو كان الاختلاف في الثمن موجبا لاختلاف العقد لما حل له وطؤها كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة ولهذا تبطل دعوى الفساد وهو قوله انهما اذا حلقا بقي العقد بلا ثمن لانه لو كان هكذا لما حل له وطؤها ولان القاضي انما يفسخ البيع عند طلب أحدهما وما لم يفسخ حل للمشتري وطؤها ولو فسد البيع بالتحالف لما حل له وطؤها ولما تأخر حكم الفسخ الى طلب أحدهما والحديث المطلق فيه ما يدل على قيام السلعة وهو لفظ التراد لانه ان كان المراد المأخوذ حسا وحقيقة فذلك يتأتى عند قيام السلعة وان كان المراد العقد فقد بينا ان الفسخ انما يتأتى عند قيام السلعة مع ان المطلق والمقيد في حادثة واحدة في حكم واحد اذا ورد فالمطلق محمول على المقيد . قال (وان كان البائع قد مات واختلقت ورثته مع المشتري في الثمن فالقول قوله ورثة البائع) ان كان المبيع في أيديهم ويجرى التحالف بالاتفاق استحسانا لانهم قائمون مقام البائع حتى يطالبون بالثمن ويطالبون بتسليم المبيع وذلك بحكم العقد فاذا ثبت في حقهم عرفنا أنهم صاروا كالبايع وان كان المشتري قد قبض المبيع فالقول قوله مع يمينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك ان مات المشتري وبقي البائع فان كانت السلعة لم تقبض جرى التحالف استحسانا لان ورثة المشتري قاموا مقامه في وثوق العقد فانه ثبت لهم حق المطالبة بتسليم المبيع وان كانت السلعة مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله القول قول ورثة المشتري وعند محمد يتحالفان ويتردان وكذلك اذا ماتا جميعا ثم وقع الاختلاف بين الورثة في الثمن فان كانت السلعة

مقبوضة فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لا يتحالفان وعند محمد يتحالفان وإن لم تكن مقبوضة يتحالفان بالاجماع وهذا بناء على الفصل الاول فإن الوارث يخلف الميت كما أن القيمة تخلف العين فكما أثبت محمد رحمه الله حكم التحالف والفسخ عند هلاك السلعة باعتبار ما يخلفها وهي القيمة فكذلك أثبت حكم التحالف عند موت العاقدة باعتبار من يخلفه وهو الوارث إذا كانت السلعة قائمة وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله فرقا في الاصل بين هلاك السلعة قبل القبض إلى ما يخلفها وهو القيمة بأن قتل قبل القبض ثم اختلفا في الثمن وبين هلاكها بعد القبض في حكم التحالف فكذلك في موت العاقدة فرقا بين ما قبل القبض وبين ما بعده لأن هذا حكم ثبت بخلاف القياس بالنص وصاحب الشرع اعتبر اختلاف المتبايعين وقيام السلعة فقبل القبض وارث البائع في معنى البائع حكما لأنه مطالب بتسليم السلعة فيمكن اثبات حكم التحالف فيه بالنص فاما بعد القبض وارث البائع ليس ببائع حقيقة ولا حكما فلم يكن هذا في معنى المنصوص عليه فيؤخذ فيه بالقياس وكذلك وارث المشتري على هذا ولا يقال الوارث يقوم مقام المورث في الاقالة والرد بالعيب فكذلك في الفسخ بالتحالف لأن صحة ذلك منه باعتبار الخلافة في الملك لا في العقد ألا ترى أن الموكل يملك الاقالة والرد بالعيب باعتبار الملك وإن لم يكن هو عاقداً حقيقة ولا حكما . قال (وإن كانت السلعة في يد المشتري وقد ازدادت خيراً ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد رحمهما الله تعالى يتحالفان فيفسخ العقد على العين لأن الزيادة المتصلة لا عبرة بها في عقود المعاوضات عند محمد ولهذا قال لا يمنع بنصف الصداق في الطلاق وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى الزيادة المتصلة تمنع الفسخ كما تمنع بنصف الصداق عندهما وإذا تعذر الفسخ امتنع التحالف لأنه لا يفسخ العقد الا فيما ورد عليه العقد والزيادة الحادثة بعد القبض لم يرد عليها العقد ولا القبض المستحق بالعقد فلا يمكن فسخ العقد فيها فيمنع الفسخ في الاصل لاجلها كالموهوبة اذا زادت في يديها خير لا يملك الواهب الرجوع فيها بعد ذلك لهذا المعنى أنه تعذر فسخ العقد عليه بهلاكه المبدئي الزيادة فيتعذر في الاصل لأن الزيادة لا تنفصل عن الاصل وعند محمد تعذر الفسخ في جميع العقود عليه بهلاكه لا يمنع التحالف في البعض أولي وقد ذكر في المأذون أنهما لو تبايعا عند الجارية وقبض الجارية وازدادت في بدنهما هلك المبدئي قبل القبض أو وجد به المشتري عيباً فردّه فإنه يسترد الجارية بزيادتها فهو

دليل محمد في ان الزيادة المتصلة لا تمنع الفسخ عن العين وقيل هو قول محمد خاصة وبعد التسليم الفرق بينهما ان هناك سبب الفسخ قد تقرر وهو هلاك العين قبل القبض أو رده بالعيب وتقرر السبب يثبت الحكم ضرورة في محله وهو أصل الجارية ومن ضرورة ثبوت حكم الفسخ فيها ثبوته في الزيادة لان الزيادة المتصلة بيع محض وثبوت الحكم في البيع بثبوته في الاصل وهنا سبب الفسخ التحالف ولم يقرر لما يئنا أن هذا ليس في معنى المنصوص من كل وجه فيمتنع التحالف بطريق القياس فيه ومن ضرورته أن يجعل القول قول المشتري مع يمينه . قال (وان كانت الزيادة المتصلة غير متولدة في الاصل كالضيق في الثوب والسمن في السويق) فكذلك الجواب في حكم التحالف إنه على الاختلاف الا أن عند محمد يفسخ العقد على القيمة هنا أو المثل لان هذه الزيادة ليست من عين المعقود عليه فلا يثبت فيها حكم العقد . قال (وان كانت الزيادة منفصلة فإن كانت متولدة من العين كالجارية اذا ولدت أو جنى عليها فأخذ المشتري أرضها فحكم التحالف على الاختلاف الذي قلنا) إلا ان عند محمد يفسخ العقد على القيمة لان الزيادة المنفصلة المتولدة من العين تمنع الفسخ بالرد في العيب عنده فكذلك بالتحالف فتكون الجارية كالهالكة وعند الشافعي رضى الله عنه الزيادة المنفصلة لا تمنع الرد بالعيب فلا تمنع فسخ العقد على العين بالتحالف ولكنها ترد ويسلم الولد للمشتري وان كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة كالكسب والملة فإنها لا تمنع التحالف وفسخ العقد على العين بالاتفاق كما لا يمنع الفسخ بالاقالة والرد بالعيب وان انتقصت السلعة عند المشتري بعيب دخلها فاقول قول المشتري أيضاً لا أن يرضي البائع أن يأخذها ناقصة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لان حدوث العيب في يد المشتري يمنع الرد بالعيب والاقالة الا أن يرضي به البائع فكذلك البيع انفسخ بالتحالف وعند محمد يتحالف ان ثم يفسخ العقد على الغير ان رضى به البائع وان أبي فعل المشتري رد القيمة كما لو كانت هالكة . قال (وان اختلفا في الثمن وقد خرجت السلعة من ملك المشتري فهو على الخلاف) الذي يئنا فيما اذا هلكت السلعة وكذلك ان كانت قد رجعت اليه لوجه غير الذي خرجت به من يده لان هذا ملك حاد فاختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان فكما لا يجري التحالف باعتبار رجوع عين آخر اليه فكذلك باعتبار رجوع هذه العين بسبب مستقل . قال (وان كان البائع باعها من رجلين فباع أحدهما نصيبه من شريكه ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري) الذي باع نصيبه لزوال ملكه

المستفاد من جهة البائع ويجعل في حقه كأنهما باعا ويتحالفان على حصة الآخر لقيام ملكه في النصف الذي استفاده من جهة البائع وقيل هذا قول أبي يوسف فأما عند أبي حنيفة لا يجري التحالف الا أن يرضى البائع لأن أصله ان تعذر الرد في نصيب أحدهما يمنع الفسخ في نصيب الآخر بسبب العيب أو الخيار على ما بينه في باب ان شاء الله تعالى فيكون القول قولها في الكل الا أن يرضى البائع به فيثبت التحالفان على حصة الآخر وعند محمد التحالف يجري في الكل ثم في حصة الذي باع يفسخ العقد على القيمة وفي حصة الذي لم يبيع يفسخ العقد على العين . قال (وإذا اختلفا البائع والمشتري في الاجل فالقول قول البائع ولا يتحالفان) عندنا و(قال) زفر والشافعي رحمهما الله تعالى يتحالفان لأن هذا في معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال في المالية ولكننا نقول اختلفا في مدة ملحقه بالعقد شرطا فيكون القول قول من ينكرها ولا يجري التحالف كما لو اختلفا في خيار الشرط وهذا لأن حكم التحالف عرف بالنص وانما ورد النص عند الاختلاف فيما يتم به العقد والاجل وراء ما يتم به العقد فلم يكن في معنى المنصوص فأخذنا فيه بالقياس وجعلنا القول قول البائع سواء أنكر زيادة الأجل أو أنكر أصل الأجل وفرق بين هذا وبين الأجل في باب السلم فان هناك القول قول من يدعى الأجل عند أبي حنيفة وهنا القول قول من ينكر الاجل من قبل ان هناك الاجل من شرائط صحة العقد فإقراره بالعقد إقرار به وبما هو من شرائط العقد فاذا أنكر الاجل بعد ذلك فقد رجع عن الإقرار بعد ما أقرب به فلا يصدق فأما هنا الاجل ليس من شرائط العقد ولا من مقتضياته لأن العقد يقتضي أيضا الثمن والمعقود عليه في المجاس فالمشتري يدعى عليه التأخير وهو منكر فكان القول قول المنكر . قال (وان اتفقا على الاجل واختلفا في نصيبه فالقول قول المشتري) لأن الاجل حقه وهو منكر استيفاء حقه . قال (وان قال البائع بملك هذه الجارية بمائة دينار وقال المشتري بعقبتها مع هذا الوصيف بخمسين دينارا وأقاما البينة فهما جميعا للمشتري) بمائة دينار وقبل البينتان جميعا ويقضى بالعقدين لأن كل واحد منهما يثبت زيادة في حقه فيينة كل واحد منهما على ما أثبت من الزيادة في حقه مقبولة وقيل هذا قول أبي حنيفة الآخر فأما في قوله الاول وهو قول زفر يقتضي بهما للمشتري بمائة وخمسة وعشرين دينارا إذا استوت قيمتهما وقد قررنا هذا في نظير هذه المسئلة في شرح الاجارات . قال (ولو قال البائع بملك هذه الجارية لمبدك هذا وقال المشتري اشتريتها

منك بمائة دينار واقاما البينة لزمه البيع بالعبد وتقبل بيته البائع دون المشتري) لان حق المشتري في الجارية ثابت باتفاقهما وانما الاختلاف في حق البائع فيبيته على حقه اولى بالقبول ولانه ثبت بيته الحق لنفسه في العبد والمشتري ينفي ذلك والبيئات للاثبات لاللنفي . قال (واذا اشترى عبدا بثويين وتقابضتم استحق العبد ا ووجد به عيبا فرده وقد هلك أحد الثويين فانه يأخذ الباقي وقيمة المالك) لان المقدانفسح باستحقاق العبد ا ورده بالعيب فعلى قابض الثويين رد ههما لانه قبضهما بحكم العقد وهو في القائم فيهما القادر على رد العين وفي المالك عاجز عن رد العين فيلزمه رد قيمته وكذلك لو هلكا فعليه رد قيمتهما لانه تعذر رد العين مع تقرر السبب الموجب للرد فتجب القيمة كالمقصوب والقول في القيمة قول الذي كانا في يديه لان القيمة دين في ذمته فالقول في بيان مقداره قوله . قال (ولو كان الثمن جارية فولدت من غير السيد ثم استحق العبد كان لصاحب الجارية أن يأخذها وولدها) لان باستحقاق العبد يبطل العقد من الاصل فتكون الجارية في يد القابض بمنزلة المقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بزوائدها وان كان قد دخلها عيب ينقصها أخذ معها النقصان أيضا كما في المشتراة شراء فاسدا وهذا لانها مضمونة بالقبض والاصناف تضمن بالتناول . قال (ولو كان الذي الجارية في يده أعتقها نفذ عتقه فيها) لانها مملوكة له فان بدل المستحق مملوك عند القبض بمنزلة المشتراة شراء فاسدا وعليه رد قيمتها مع الولد ان كانت ولده قبل العتق لتعذر رد عينها بنفوذ العتق فيها . قال (ولو وجد العبد حرا كان عتق البائع في الجارية باطلا لان بدل الحر لا يملك بالمقد) فان الحر ليس بمال والبيع مبادلة مال بمال فعند انعدام المالية في أحد البديلين لا ينعقد البيع أصلا وبدون انعقاد البيع لا يثبت الملك بالقبض كما في المشتراة بمائة أو دم . قال (ولو اشترى العبد بثويين وقبض العبد ثم هلك الثويان قبل أن يقبضهما فعليه رد العبد) لفساد العقد بفوات القبض المستحق بالمقد فان أعتقه أو باعه قبل هلاك الثويين أو بعده قبل أن يقضي القاضي بينهما بشئ فهو جائز لانه أعتق ملكه أما قبل هلاك الثويين فلا اشكال وبعد هلاكهما وانفسد العقد فقد بقي الملك ببقاء القبض لان فساد العقد لا يمنع ثبوت الملك بالقبض ابتداء فلا يمنع بقاءه بطريق الاولي ثم عليه قيمته لتعذر رد العين بمد ما فسد السبب فيه ولو تقابضتم استحق أحد الثويين فقال الذي كان عنده الثويان استحق أعلاهما ثمنا وقال الذي باعهما بل استحق أرخصهما ثمنا فالقول قول المشتري في الثويين مع يمينه لانها تصادقا

علي انه لم يسلم للبائع الثوبين جميع العبد حين استحق أحد الثوبين وانما الاختلاف بينهما في مقدار ما يثبت للبائع الثوبين من العبد وهو يدعى زيادة في ذلك فعليه أن يثبتها بالبينة وان لم يكن لها بينة فالقول قول المذكر مع يمينه . قال (وان قال البائع بعث منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم وقال المشتري بل هذه الجارية بخمسين ديناراً فهذا كل واحد منهما مدعى ومنكر حقيقة) لانه يدعي كل واحد منهما العقد في عين آخر فيحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وان أقام البينة قضى بالبيع فيها جميعاً بألف وخمسين ديناراً وقد بينا هذا في باب السلم وان قال المشتري ابتعت منك هذا العبد الذي في يدي بألف درهم ونفدت الثمن وقال البائع ما بعثتك هذا العبد انما بعثتك جارية بهذه الألف وقبضت الثمن ودفعها اليك فكل واحد منهما يحلف على دعوى صاحبه فان حلف البائع رد عليه العبد لان العقد قد انتفى بيمينه فيه وقد أقر ذو اليد انه كان مملوكاً له في الاصل واذا حلف الذي كان في يديه العبد ما اشترى الجارية فعلي بائعها رد الألف عليه وان قامت لها بينة قضى بالبنتين وعلى المشتري أداء ألف أخرى . قال (رجل اشترى عدل زطى وأقر أنه زطى ولم يره وقبضه ثم جاء بعد ذلك يردّه فقال وجدته كرايس لم يصدق والثن له لازم) لانه مناقض في دعواه والمناقض لا قول له ولان بسبب خيار الرؤية انما يتمكن من الفسخ اذا أحضر المعقود عليه والذي أحضره كرايس والمعقود عليه زطى يزعمه فلا يتمكن من فسخ العقد على غير المعقود عليه بخيار الرؤية وان قال لا أدري أزطى هوام لا ولكني أخذته على قولك فانظر ثم جاء يردّه فقال وجدته كرايس كان . صدقاً في ذلك مع يمينه لان المشتري ينفرد بفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط واذا انفسخ العقد بخيار الرؤية وخيار الشرط بقي المقبوض في يده ملك البائع فالقول قوله في تمينه ضامناً كان أو أميناً وهذا لانه غير مناقض في كلامه هنا بل منكر لقبض الزطى فالقول قوله مع يمينه وفي الاول هو مناقض في كلامه لانه أقر بقبض المعقود عليه وهو الزطى فلا يقبل منه قوله بخلاف قوله ذلك . قال (ولو اشترى ثوباً فقال البائع هو هروى وقال المشتري لا أدري وقد رآه ولكني أخذته على ما يقول ثم جاء يردّه وقال وجدته يهودي لم يصدق) لانه كان قد رأى المعقود عليه فليس له فيه خيار الرؤية بعد ذلك بقي دعواه حق الرد لنفسه على البائع في هذه العين والبائع منكر لذلك فلا يقبل قوله كما ادعى المشتري العيب بالمعقود عليه الابحجة . قال (واذا نظر الى العدل مطوياً ولم ينشره ثم اشتراه فليس له أن يردّه الا بسبب) لانه

قد رأى طرفاً من كل ثوب ورؤية جزء من المعقود عليه كروية الكل في اسقاط خيار الرؤية الا أن يكون في طي الثوب ماهو مقصود كالطراز والعلم فيئند لا يسقط خياره ما لم يرد ذلك الموضع لان مالية المعقود عليه تختلف باختلاف المقصود والمقصود بالرؤية العلم بمقدار المالية . قال (واذا اشترى خادمة على أنها خراسانية فوجدها سندية كان له أن يردها فهذا بمنزلة هذا العيب فيها) لان العيب جنس واحد لاتحاد الاصل وتقارب المقصود الا أن الخراسانيات أكثر مالية من السنديات فانما فوات زيادة صفة مشروطة وذلك بمنزلة العيب في اثبات حق الرد كما لو اشترى عبداً على أنه كاتب أو خباز فوجده لا يحسن ذلك العمل والله أعلم بالصواب

— باب الخيار في البيع —

وقال رحمه الله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين ثلاثة أيام) وفي رواية يخير النظرين فقيه دليل جواز اشتراط الخيار في البيع والمراد خيار الشرط ولهذا قدره بثلاثة أيام وذكر التحفيل لبيان السبب الداعي الى شرط الخيار والمحفلة التي اجتمع اللبن في ضرعها والمحفلة هو الجمع واجتماع اللبنين في ضرعها قد يكون لفزارة اللبن وقد يكون بتحصيل البائع بان يسد ضرعها حتى يجتمع اللبن في ضرعها فلا يتبين احدهما عن الآخر للمشتري الا بالنظر مدة وذلك ثلاثة أيام لانه اذا حلبها في اليوم الاول لا يتبين له شيء وكذلك في اليوم الثاني فلعل النقصان تمارض فاذا حلبها في اليوم الثالث وكان مثل اليوم الثاني علم أن لبنها هذا القدر وأن الزيادة في اليوم الاول كان للتحفيل فيحتاج الى أن يشترط الخيار لنفسه ثلاثة أيام حتى يدفع الضرر به عن نفسه فجوز له الشرع ذلك وجعله يؤخر النظرين ثلاثة أيام وأما اذا اشتراها بغير شرط خيار فليس له أن يردها بسبب التحفيل عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله له أن يردها ويرد معها صاعاً من تمر لاجل اللبن وكذلك لو اشترى ناقة فوجدها مصراة وهي التي سد البائع ضرعها حتى اجتمع اللبن فيه فصار ضرعها كالصراة وهي (الحوض) فليس له أن يردها والتصرية ليست بعيب عندنا و(قال) الشافعي رحمه الله له أن يردها بسبب التصرية والتحفيل وكذلك لو سود أنامل العبد حتى ظنه المشتري كاتباً أو ألبسه ثياب الخبارين حتى ظنه خبازاً وعن أبي يوسف في الشاة المحفلة أخذ بالحديث وأقول يردها وفيما سوى ذلك أخذنا بالقياس واستدل الشافعي بالحديث وهو

حديث صحيح مشهور وعن أبي هريرة رضى الله تعالى عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شاة محفلة فهو يؤخر النظرين الى ثلاثة أيام ان رضىها أمسكها وان سخطها ردها ورد معها صاعا من تمر وبعد ماصح الحديث فكل قياس متروك بمقابلته مع أن الحديث موافق للاصول لانه أثبت الخيار لغرور كان من البائع والتدليس والغرور يثبت للمشتري حق الرجوع كما لو اشترى صبرة حنطة فوجد في وسطها دكانا أو اشترى قفة من التمار فوجد في أسفلها حشيشا ثم ذكر الأيام الثلاثة ليس للتوقيت في خيار العيب بل لبيان المدة التي يظهر فيها العيب وأما رد التمر لمكان اللبن فلان ما كان موجودا عند العقد من اللبن قد أتلغه المشتري أو فسد في يده ولا يعلم مقداره ليرد مثله فأمره برد التمر مكانه للتحرز عن الربا فالقوت فيهم كان هو التمر واللبن فلهذا أقام أحدهما مقام الآخر واكثر ما فيه ان هذا مخالف للقياس فيجعل كالتسكوت عنه فيبقى أول الحديث معمولا به واختلف أصحاب الشافعي فيما اذا سقى الدابة وعلفها حتى ظنها المشتري حاملا فمنهم من يقول له حق الرد اذا تبين أنها ليست بحامل للتدليس والغرور ومنهم من يقول ليس له حق الرد هنا لان اكتساب سبب هذا الغرور يجعل كالشرط فيما يجوز اشتراطه وشرط الحمل في بيع الدابة لا يجوز فلا يجعل ذلك كالشرط وأما شرط كون الناقة لبونا والعبد كاتباً أو خبازاً يجوز فيجعل البائع انما اكتسب من السبب كالشرط ذلك للمشتري وحجتها في ذلك ان مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع وبقاة اللبن لا تنعدم صفة السلامة لان اللبن ثمرة وبمدها لا تنعدم صفة السلامة فبقاؤها أولى واذا ثبت صفة السلامة انتفى العيب ضرورة ولا يجوز أن يثبت الخيار للغرور لان المشتري مغتر لا مغرور فان ظنها عزيزة اللبن بالبشاء على شيء مثبتة فان انتفخ الضرع قد يكون بكثرة اللبن في الضرع وقد يكون بالتخفيف وعلى ماظهر من عادات الناس احتمال التخفيف فيه أظهر فيكون هو مغترأ في تباطئه على المحتمل والمحمّل لا يكون حجة وقد كان متمكنا من أن يسأل البائع لينى على النص الذي سمع منه فحين لم يفعل كان مغترأ واثن كان مغروراً فلا يمكن أن يجعل هذا الشرط غزارة اللبن عندئذ لان اشتراط ذلك مفسد للبيع كشرط الحمل فاكثر ما في الباب أن يجعل ذلك بمنزلة جبر يجبره البائع أنها عزيزة اللبن من غير أن يجعل ذلك مشروطا في العقد والغرور بالخبر لا يثبت حق الرجوع على الفار كن أخبر انسانا بأمن الطريق فسلكتها فأخذ اللصوص متاعه وانما

يثبت للمغرور حق الرجوع اذا كان مشروطا في عقد الضمان ولم يوجد ذلك بخلاف الصبرة
 فقد شرط له أن جميع الصبرة حنطة وان جميع ما في القفة غنّب فاذا وجدته بخلاف ما شرط
 كان له حق الرد لذلك فأما الحديث (قلنا) من مذهبنّا انه انما يقبل من أحاديث أبي هريرة
 رضي الله تعالى عنه ما لا يخالف القياس فأما ما خالف القياس الصحيح فالقياس مقدم عليه
 لانه ظهر تساهله في باب الرواية وتدرّد ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ببعض رواياته
 بالقياس نحو حديث الوضوء من حمل الجنّازة فقال أيلزمنّا الوضوء عن حمل عيدان يابسة
 ونحو الوضوء مما مسته النار حيث (قال) لو توضأت بما سخن كنت أتوضأ منه وهذا
 الحديث مخالف للكتاب والسنة والاصول من وجوه (أحدهما) ان ضمان المتلفات يتقدّر بالمثل
 بالكتاب والسنة وفيما لا مثل له بالقيمة فان كان اللبّن من ذوات الامثال فالواجب المثل
 والقول قول من عليه في بيان المقدار وان لم يكن من ذوات الامثال فالواجب هو القيمة
 فاما ايجاب التمر مكان اللبّن مخالف لما ثبت بالكتاب والسنة وفيه تسوية بين قليل اللبّن
 وكثيره فيما يجب مكانه وهذا مخالف للاصول لان الاصل انه اذا قل المتلف قل الضمان
 واذا كثر المتلف كثر الضمان وهنا الواجب صاع من التمر قل اللبّن أو كثر وهو مخالف
 للاصول من وجه آخر من حيث ان فيه توقيت خيار العيب فوجب رده لذلك ثم يحمله
 عن تأويل وان بعد للتحرز عن الرد فنقول يحتمل انه اشتراها على أنها عريزة اللبّن فكان
 العقد فاسداً بالشرط فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم بردها مع ما حلب من لبنها لان
 المشتراة شراء فاسداً ترد بزوائدها وقد كان المشتري أكل اللبّن فدعاهما الى الصلح ورد
 مكان اللبّن صاعاً من تمر بطريق الصلح فظن الراوي أنه ألزمه ذلك وقد يقع مثل هذا لمن
 قل فهمه من الرواة ولهذا لم يرو الحديث أحد من كبار الصحابة المشهورين بالفقه رضوان
 الله تعالى عليهم. قال (وبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل رجلاً من الانصار
 بالخيار في كل بيع يشتره بثلاثة أيام) واسم هذا الرجل حبان ابن منقذ وأبوه منقذ بن عمر
 فالاختلاف في اسمه روى الحديث باللفظ الذي ذكرنا وقد كان يعين في البياعات للمأومة
 أصابت رأسه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بايتم قتل لا خلا به ولى الخيار
 ثلاثة أيام وكان ألتغ باللام فكان يقول لاحزابه قفى الحديث دليل جواز البيع مع شرط
 الخيار والقياس يأبى ذلك لان شرط الخيار تعلق العقد وعقود المعاوضات لا تحتل التعليق

ويبقى مقتضى العقد وهو اللزوم وموجبه وهو الملك ولكننا نقول تركنا هذا القياس للحديث
ولحاجة الناس الى ذلك * فالبيع عقد معاينة والمقصود به الاسترباح ولا يمكنه تحصيل ذلك
الا أن يرى النظر فيه ويزيه بعض أصدقائه ليجتاح لاجل ذلك الى شرط الخيار فاذا كان
يجوز بعض العقود لحاجة الناس كالأجارة ونحوها فنشرط الخيار في العقد أولى ثم أصل
العقد لا يتعلق بالشرط لان الخيار صفة في العقد يقال بيع بات وبيع بخيار وبالصفة لا يتعلق
أصل الموصوف وانما يدخل الخيار في الحكم فيجعله في معنى المعلق بالشرط لان الشرط
لا يخلو السبب عن الحكم الا ان يتصل الحكم به فقد يجوز أن يتأخر الحكم عنه
لمؤخر كما يتأخر وجوب تسليم الثمن بشرط الاجل ثم خيار الشرط يتقدر بثلاثة أيام وما
دونها ولا يجوز أكثر من ذلك في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقد (قال) أبو
يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى وابن أبي ليلا يجوز اذا كانت المدة معلومة طال
أو قصرت لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فاذا شرط الخيار شهراً أو جب
الوفاء به لظاهر الحديث وعن عمر رضى الله تعالى عنه انه أجاز الخيار لرجل في ناقة شهرين
والمنع فيه أن هذا مدة ملحقه بالعقد شرطاً فلا يتقدر بالثلث كالأجل وهذا لان ما زاد على
الثلث كالثلث في المعنى الذى لاجله جوزنا شرط الخيار ثم يعتبر هذا الخيار بخيار العيب
والرؤية أو بنفس هذا العقد على عقد الكفالة فكما يجوز اشتراط الخيار هناك أكثر من
ثلاثة أيام فكذلك يجوز هنا وأبو حنيفة استدلل بالحديث فان النبي صلى الله عليه وسلم قدر
الخيار بثلاثة أيام والتقدير الشرعى إما أن يكون لمنع الزيادة والنقصان أو لمنع أحدهما وهذا
التقدير ليس لمنع النقصان فاشتراط الخيار دون ثلاثة أيام يجوز فمرئنا أنه لمنع الزيادة إذ لو تمتنع
الزيادة لم يبق لهذا التقدير فائدة وما نص عليه صاحب الشرع من التقدير لا يجوز اخلاؤه عن
الفائدة لانه ما كان بحارق في بيان الاحكام ثم بسبب اشتراط الخيار يتمكن معنى النحر وزيادة
المدة يزداد النحر وقد كان القياس أن لا يجوز اشتراط الخيار في البيع أصلاً وهو قياس
يسده الأثر لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النحر الا أنا تركنا القياس في مدة الثلاثة
لو ردد الأثر فيه وجواز العقد مع القليل من النحر لا يدل على الجواز عند كثرة النحر وبه
فارق الطفالة لانها تحتل النحر والخطر ألا ترى انه يجوز تعليق أصل الطفالة بان يقول مالك
على فلان فهو علي وبه فارق خيار العيب والرؤية لانه لا يتمكن النحر بسببه وفي حديث عمر

رضى الله تعالى عنه أنه أجاز الخيار وليس فيه بيان خيار الشرط ولعل المراد خيار الرؤية والعيب وأنه أجاز الرؤية بعد الشهرين وكما أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) المسلمون عند شروطهم فقد (قال) أيضاً كل شرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل ثم جواز شرط الخيار للحاجة وهذه الحاجة ترفع بثلاثة أيام ففيما رأه الحاجة وإن شرط الخيار أربعة أيام فسد البيع في قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى فإن أسقط من له الخيار خياره قبل مجيء اليوم الرابع صح العقد عند أبي حنيفة ولم يصح عند زفر وهو بناء على ما بينا من الشراء بثمن إلى الحصاد وهذا لأن شرط الخيار غير مفسد للعقد وإنما المفسد وصل الخيار في اليوم الرابع بالأيام الثلاثة وهو يمرض الفصل الخيار في اليوم الرابع بالأيام الثلاثة وهو يمرض الفصل قبل مجيء اليوم الرابع فإذا فصل بالاسقاط صار كأن لم يكن فأما إذا جاء اليوم الرابع قبل اسقاط الخيار فقد تقرر المفسد باتصال جزء من اليوم الرابع بالأيام الثلاثة على وجه لا يقبل الفصل لأن عمل الاسقاط فيما بقي لا فيما مضى فلهذا يتقرر الفساد به . قال (وإن كان الخيار للمشتري ثلاثة أيام فأت قبل أن يختار فقد انقطع خياره ولزم البيع) وكذلك إن كان الخيار للبائع فأت البائع أو كان الخيار لهما جميعاً فأتا فقد لزم البيع وأجمعوا أنه إذا مات من عليه الخيار فإن الخيار باق ولا يورث خيار الشرط عندنا و(قال) الشافعي يورث ويقوم وارث من له الخيار مقامه في التصرف بحكم الخيار لأن هذا حق لازم ثبت في عمديع فيخلف الوارث فيه المورث كما في ملك المبيع والثمن وحق الكفالة والرهن بخلاف خيار القبول فإنه غير لازم ولا ثابت في بيع منعقد وبخلاف الاجل فإنه ليس بثابت في البيع ولكنه صفة الدين ثم الارث فيما ينتفع به الوارث أو المورث ولا منفعة لواحد منهما في ابقاء الاجل فإن ذمة الميت مرتبة بالدين ما لم يقض عنه فلا ينسب يد الوارث في التركة لقيام الدين على المورث فأما في توريث الخيار فيه منفعة للوارث وللمورث جميعاً فإن الضرر والعين يدفع به وربما يقولون هذا خيار ثابت في عين مبيعة فيخلف الوارث المورث فيه كخيار العيب ولأن البدل الذي من جانب من له الخيار يبقى على ملكه ما بقي خياره والوارث يخالف المورث فيما كان مملوكاً له فإذا كان الملك باقياً للبائع في البيع إلى وقت موته انتقل إلى وارثه ولا يبطل العقد بهذا الانتقال من ضرورة انتقال الملك إلى الوارث مع بقاء العقد انتقال الخيار إليه ليقوم الوارث مقام المورث في التصرف بحكمه وحجتنا ما (قال) في الكتاب أن البيع منعقد مع الخيار وقد كان الخيار مشيئته

في رده ولا يتحول بالموت مشيئته الى غيره لان ارادته ومشيئته صفة فلا يحتمل الانتقال منه الى غيره وانما يورث ما يحتمل الانتقال الى الوارث فاما ما لا يحتمل الانتقال الى الوارث لا يورث كملكه في منكوحته وأم ولده وكذلك العقد لا ينتقل الى الوارث لانه انما يورث ما كان قائما والمقد قول قد مضى ولا يتصور انتقاله الى الوارث وانما يملك الوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في الملك لا في العقد فان الملك يثبت ولاية الاقالة لا ترى أن اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو الوكيل دون الموكل وانما يخلفه في الملك الباقي بعد موته ولما انقطع خياه بالموت صارت العين مملوكة للمشتري ووارث البائع لا يخلفه في ملك العين وهذا لان البيع سبب موجب للملك والخيار مانع فاذا سقط صار كأن لم يكن ولهذا ملك المشتري المعقود عليه بزوائده المتصلة والمنفصلة فاما خيار العيب لا يقول بانه يورث ولكن سبب لخيار يقرر في حق الوارث وهو استحقاق المطالبة بتسليم الجزء الفائت لان ذلك جزء من المال مستحق للمشتري بالعقد فاذا طالب البائع بتسليمه وعجز عن التسليم فسخ العقد لاجله وقد وجد هذا المعنى في حق الوارث لانه يخلف المشتري في ملك ذلك الجزء لا ترى أن الخيار قد ثبت ابتداء للوارث وان لم يكن ثابتا للمورث بأن يتغيب المبيع في يد البائع بعد موت المشتري قبل أن يقبضه الوارث بخلاف خيار الشرط فان السبب وهو الشرط لا يوجد في حق الوارث ولا يمكن التورث له فيه ولان الشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه لان الخيار يشترط للفسخ لا للاجازه وهو مالك للفسخ في حق نفسه بدون شرط الخيار فانما يشترط الخيار لفسخ العقد في حق صاحبه والمسلط على التصرف في حق الغير لا يقوم وارثه مقامه بعد موته كالوكيل بالبيع اذا مات بخلاف خيار العيب فالمقصود هناك ليس هو الفسخ ولكن المطالبة بتسليم ما هو المستحق بالعقد حتى اذا تعذر الرد بالعيب رجع بحصة البيع من الثمن والوارث يخاب المورث فيما هو مال ولان هذه مدة ملحقة بالعقد شرطا فلا تبقى بعد موت من هي له كالأجل فانه حق لمن عليه الدين قبل من له الدين فيبطل لموته ولا معنى لقوله بأن الاجل صفة الدين لان الدين حق المطالب والاجل حق المطلوب فكيف يكون صفة للدين وفي ابقاء الاجل فائدة فربما لا يكون في تركته ما بديه ثم يصير عند حلول الاجل فيها وفاء بالدين يتم بغير السمر أو يتصرف الوارث في التركة لانه انما لا يبسط في التركة يده اذا حل الاجل فاما اذا بقي الاجل قام الوارث مقام المورث في

التصرف في التركة ومع هذا لم يبق الاجل فكذلك الخيار وكذلك اذا سكت من له الخيار حتى مضت الثلاثة أو ذهب عقله أو أغنى عليه أو ارتد فقتل أو مات لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار وقد تقرر ذلك بتضي المدة فلزم البيع وهذا لان الخيار المؤقت لا يبقى بعد مضي الوقت والبيع في الاصل لازم وانما الخيار كان مانعاً من اللزوم فبأى وجه سقط صار كأن لم يكن . قال وان كان الخيار للمشتري فهلكت السلعة في يده لزمه الثمن وانقطع الخيار) لانه عجز عن التصرف بحكم الخيار حين أشرفت السلعة على الهلاك فانها قد تعينت بذلك وليس له أن يردّها بحكم الخيار الا كما قبضها فاذا عجز عن ذلك سقط خياره وتم البيع وتقرر عليه الثمن لكونه قابضاً للمبيع وكذلك ان أصاب السلعة عيب عنده بفعله أو بفعل أجنبى أو بأفة سماوية أو بفعل المبيع بنفسه لانه عجز عن رده كما قبض بأى وجه تيب عنده يسقط خياره وكذلك ان كانت جارية فوطئها لان الوطئ لا يحل الا فى ملك مستقر فاقدامه على وطئها من أدل الدلائل على الرضا باستقرار ملكه فيها وذلك لا يكون الا بعد سقوط الخيار وكذلك ان عرضها البيع لانه انما يرضها على للبيع ايديها والبيع تصرف منه بحكم الملك ولا يكون ذلك الا بعد اسقاط الخيار ورضاه يقرر ملكه فيها وكذلك لو قال * قد رضى بها لانه بالرضى يسقط حقه فى الرد ولا يلزم البائع شيء فالبيع لازم فى جانب البائع وهو راض بتمامه ولو لم يكن شيء من ذلك ولكنه اختار ردها على البائع بغير محضر منه فليس ذلك بشيء * وله أن يرضى بعد ذلك ما لم يعلم البائع بفسخه فى الايام الثلاثة فان علم بعد ذلك تم الفسخ وليس للمشتري أن يرضى به بعد ذلك وان لم يعلم بفسخه حتى مضت الايام الثلاثة بطل ذلك الفسخ وتم البيع فى قول أبى حنيفة ومحمد ورحمهما الله تعالى وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع فقال رده جائز بغير محضر من البائع وبغير علمه لان تصرفه يلاقى خالص حقه فيكون نافذاً كالزوج اذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها والمعتقة اذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحاً وبيان الوصف ان الخيار خالص حق من له الخيار ولهذا لا يشترط رضا الآخر فى تصرف من له الخيار بحكم الخيار فكذلك لا يشترط حضوره واعتبر الفسخ بالاجازة وتقرير كلامه من وجهين (أحدهما) أن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل (والثانى) أن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه فلو لم يكن متمكناً من الفسخ بغير

محضر من صاحبه يفوت مقصوده لان الآخر يخفى شخصه حتى تضي مدة الخيار فليزمه العقد شاء أو أبى ولذا سقط اعتبار رضاه فكذلك يسقط اعتبار حضوره وهذا بخلاف خيار العيب فانه غير موقت فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشتري من حيث سقوط خياره بمضي المدة ثم هناك المشتري غير مسلط على الفسخ وانما له حق المطالبة بتسليم الجزء الفاليت فاذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه الا بمحضر منه وأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى (قالا) انه بالفسخ يلزم غيره حقا فلا يبطل تصرفه في حق ذلك الغير مالم يعلم به كالموكل اذا عزل الوكيل حال غيبة لا يثبت حكم العزل في حقه مالم يعلم به وبيان الوصف أن العقد منقذ مع الخيار وبالفسخ ارتفع الانقضاء في حق الآخر وحكم الفسخ ضد حكم العقد فعرفنا ان تصرفه يلزمه غيره حقا وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ اذا لم يعلم به ولا يثبت حكم الخطاب في حق المخاطب مالم يعلم به كما في خطاب الشرع * يقرره أن البائع لا يطلب لسلعته مشتريا آخر بناء على ان البيع قد تم بمضي المدة فاذا جاء المشتري بعد ذلك فاخبره انه كان فسخ العقد فلو ثبت حكم الفسخ في حقه لتضرر البائع به وهذا ضرر يلحقه بتصرف المشتري واذا لم يثبت حكم الفسخ قبل علمه في حقه فالمشتري وان تضرر ولكن هذا ضرر يلحقه لا من جهة البائع بل لعجز المشتري عن اتحاد شرط صحة الفسخ وهو بمنزلة خيار الرد بالعيب قبل القبض وهذا بخلاف الاجارة فانه لا يلزم البائع باجارته شيء وهو نظير الرضي بالعيب من المشتري فانه يصح بغير علم البائع لانه لا يلزمه شيء ولان العقد بشرط الخيار يصير غير لازم في حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التي هي غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه وان كان يملك فسخها بغير رضا صاحبه * وتقرير هذا الكلام من وجهين (أحدهما) أن تصرف الشروط له الخيار لا ينقذ في حق صاحبه بتسليطه اياه على ذلك وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن انما يتمكن من الفسخ لان العقد غير لازم في حقه وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن انما يتمكن من الفسخ بغير علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لان الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه اياه على التصرف

فوق علمه به . يوضحه ان اشتراط الخيار في العقود التي هي غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ولو كان اشتراط الخيار ليمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه يصح في هذه العقود لكونه محتاجا اليه حيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم فيسقط وليس هذا كالطلاق فان الزوج بإيقاع الطلاق لا يلزمها شيء انما يرفع الحل الثابت له وكذلك في الرجعة لا يلزمها شيء لان النكاح باق بعد الطلاق الرجعي على حاله وقيل في خيار المعتقة ان فسخها لا ينفذ الا بحضور من الزوج فلا يسلم على هذا وبعد التسليم هناك ثبوت الخيار لدفع زيادة الملك لان ملك الزوج يزاد بحرمته ودفعها زيادة الملك يكون امتناعا من الا التزام لالزام الغير شيئا ولا يمكن من الامتناع من هذا الالتزام الا برفع أصل النكاح فنبت لها ولاية رفع النكاح لضرورة حاجتها الى دفع الزيادة عن نفسها ويوضحه انها مسطرة بتخير الشرع اياها بقوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك فاختاري فيجعل كأن الزوج خيرها فلهذا صح اختيارها بغير محضر منه وهنا من له الخيار غير مسلط على الفسخ من جهة صاحبه كما قررنا . قال (وان اختارت ردها عليه فعليه أو الأجارة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار) لان ما يكون بالقلب فهو نية والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الأجارة كما لا ينعقد أصل العقد منها والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تجاوز لامتي عن ما حدثت به أنفسهم ما لم يعلموا أو يتكلموا . قال (ولو كان الخيار للبائع فثبت في يد المشتري فعليه قيمتها) وقال ابن أبي ليلى هو أمين فيها لانه قبضها باذن صاحبها ووجوب ضمان القيمة باعتبار تفويت شيء على صاحبها وذلك غير موجود وان كان القبض برضاه ولا كنا نقول البائع ماضي بقبضه الا بجهة العقد والمقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم البيع وهذا لان الضمان الأصلي الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول منه الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد ذلك حين شرط البائع الخيار لنفسه فيبقى الضمان الأصلي وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري لان هناك لما أشرف على الهلاك سقط خياره بعجزه عن الرد كما قبضه قيم البيع وهو قائم فلزمه الثمن المسمى وهنا وان أشرف على الهلاك بخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز فكان مضمونا بالقيمة كذلك . قال (ولو كانت جارية فاعتقها البائع أو دبرها أو وطأها أو قبلها من شهوة أو

كاتبها أو رهنها وسلمها أو وهبها وسلمها أو أجزها وسلم أو لم يسلم فهذا كله نقض للبيع فأما العتق والتدبير والكتابة فلأنه خرج المحل بتصرفه عن أن يكون محلا لابتداء البيع ولا ثبات حكم البيع فيه ومن ضرورته انفساخ العقد وأما الوطء والتقييل فدليل الرضا بتقرر ملكه ولا يكون ذلك إلا بعد انفساخ البيع لأن هذا تصرف لا يحل إلا في الملك فلو لم ينفسخ البيع به لكان إذا جاز البيع بعد هذا ملك المشتري المبيع من وقت العقد بزوائده فتيين أن وطأه في غير الملك وذلك لا يحل فاما بالمهبة والتسليم فلأنه أزال ملكه عن العين وبالرهن والتسليم أوجب للغير فيه حقا وبالإجارة يوجب للغير فيه حقا وذلك يمنعه من الزام البيع ولهذا شرط التسليم في الرهن لأن حق المرتهن لا يثبت بدون القبض ولم يشترط ذلك في الإجارة لأنه يلزم بنفسه ثم قفسخ العقد بهذا الأسباب صحيح بغير محضر من المشتري لأن ثبوت الفسخ بطريق الحكم لا بقصد التصرف إلى ذلك فلا يتوقف على العلم كالموكل إذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينزل الوكيل وإن لم يعلمه بخلاف ما إذا عزله قصد أو لو اختار البائع رد المبيع بغير محضر من المشتري فلا يتوقف على العلم كالموكل فهو على الخلاف الذي بينا وإن اختار لزوم البيع والمشتري غائب فهو جائز لأنه لا يلزم المشتري بتصرفه مالم يلزم فالبيع لازم في جانب المشتري وإنما يسقط البائع حق نفسه في الفسخ بالإجارة وذلك صحيح منه بعد غيبة المشتري فليس له بعد ذلك أن ينقضه كالموكل يمكن في البيع خيار لو أحد منهما قال (وإذا اشترط أحد المتبايعين الخيار لانسان من أهله أو من غيرهم فهو جائز عندنا بمنزلة اشتراطه لنفسه و) (قال) زفر لا يجوز البيع بهذا الشرط لأن خلاف ما يقتضيه العقد فإن خيار الشرط من حقوق العقد وحقوق العقد تثبت للعاقدة فاشتراطه لغير العاقدة خلاف مقتضى العقد فيكون مفسداً للعقد ولأن هذا يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل ذلك واعتبر خيار الشرط بخيار العيب والرؤية فإن ذلك لا يثبت لغير العاقدة فكذلك هذا وحجتنا في ذلك أن هذا في معنى اشتراط الخيار لنفسه منه لأنه يجعل الغير نائباً عنه في التصرف بحكم الخيار ولا يكون ذلك إلا بعد ثبوت الخيار له ولهذا أثبتنا الخيار للشارط بهذا اللفظ ولو شرط الخيار لنفسه ثم وكل الغير بالتصرف بحكمه استقام ذلك وهذا لأن جواز اشتراط الخيار للحاجة إلى دفع العين وقد يشتري الإنسان شيئاً وهو غير مهتد فيه فيحتاج إلى شرط الخيار لمن يكون مهتدياً

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فلا حاجة الى ذلك جازاه كاشتراط الخيار لنفسه . قال
(واذا هلكت السلعة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلا ضمان على المشتري فقد بطل البيع)
لقوات القبض المستحق بالمعقود لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري
فجاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعتهك فالقول قول المشتري فيه لانه ينفرد
بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لا
المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضامنا كما في
الفاصل وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي
بعتهك فالقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه
ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع
فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه
بمنزلة ابتداء التملك من هذا الوجه والبائع يدعى ثبوت حق التملك له في هذه العين
والمشتري منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا يوضحه ان البائع
لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس
بحجة على المشتري في إيجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن
كحال المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون
التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض . قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم أن زمن
الخيار رد المبيع بمحض من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم
الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه
لنفسه * وان قال المشتري قد أجرته وقال الذي له الخيار قد ردته فان سبق أحدهما فان
تصرف السابق منهما أولى اذا كان ردّا كان أو اجازة لان برد السابق منهما يفسخ العقد
والفسخ لا يلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين
بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولى لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد
على الفسخ فيترجع الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنكاح الحرة والامة اذا
اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجبت
البيع * وقال الذي له الخيار لا أرضى فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

أحدهما وفسخ الآخر فما فعله العاقد أولى فسخا كان أو اجازة لان العاقد يتصرف بحكم ملكه والآخر بحكم النيابة عنه * ووقع هذا الكلام ان الحاجة الي الثابت للتصرف عند امتناع المنوب عنه عن التصرف بنفسه وذلك لعدم اذا اقترن تصرفه بتصرف النائب ولكن الاول أصح وقد فسره في المأذون أن الفسخ أولى لما بينا ولان الخيار مشروط بالفسخ لا للاجازة والفسخ منهما يتصرف بحكم الخيار تصرفا شرعا الخيار لا جله فكان تصرفه أولى . قال (واذا كان الخيار للبائع أو للمشتري فالتقيا فتناقضا البيع ثم هلك عند المشتري قبل أن يقبضه البائع فعلي المشتري الثمن ان كان له الخيار والقيمة ان كان الخيار للبائع) لان تمام الفسخ بالرد على البائع كما ان استحكام البيع بالقبض ثم هلاك المعقود عليه بعد العقد قبل القبض يبطل العقد فكذلك هلاكه بعد الفسخ قبل الرد واذا بطل الفسخ عاد الى ملك المشتري وهو في يده هلك فيه ملك مضمونا عليه بالثمن اذا كان الخيار للمشتري واذا كان الخيار للبائع يكون مضمونا عليه بالقيمة لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه وبالفسخ يرتفع العقد وبالهلاك في يد المشتري يرتفع الفسخ فيبقى الحال بعد الفسخ كالحال قبله وقبل الفسخ لو هلك في يد المشتري لا يكون مضمونا عليه بالقيمة لانه مقبوض بحجة العقد فصار كالمقبوض على رسوم الشراء وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز فيفسخ الفسخ بهلاك محله قبل حصول المقصود به وبعد الفسخ لا يجوز فيه عقد عتق المشتري ولا شيء من عتقده * أما اذا كان الخيار للبائع فظاهر لان العقد عني ملكه نفذ فكيف يجوز فيه عتق المشتري وكذلك اذا كان الخيار للمشتري لانه يفسخ المشتري يعود العبد الى ملك البائع ولكن يجوز فيه عتق البائع لانه عاد الى ملك البائع بمنزلة البيع بعد العقد قبل التسليم لما ذكرنا قال (واذا اشترى الرجل عدل زطى برأس ماله ولم يعلم ماهو فالبيع فاسد) لجهالة الثمن عند العقد فان أخبره بذلك فهو بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وقد بينا أن مراده اذا أخبر بذلك في المجلس فان حال المجلس كحال العقد * وكذلك ان اشترى برقه فهو فاسد فان أخبره برقه فهو بالخيار ليكشف الحال له لان البيع انما يظهر كونه راجحا أو خاسرا في حقه اذا علم بالثمن فصار كما لو اشترى شيئا لم يره ثم رآه كذلك ههنا . قال (وان استهلك المشتري قبل أن يجيزه فعليه القيمة) لانه في يده بحكم عقد فاسد فيكون مضمونا بالقيمة عند تعدد الرد وبعد الاستهلاك لا يمكن

تصحیح العقد فيه باعدام رأس ماله لا لعدم المحل فان تصحيح العقد بازالة المفسد نظير الاجازة في البيع الموقوف فكما لا ينفذ البيع بالاجازة الا عند قيام المحل فكذلك لا يصح باقامة المفسد بعد هلاك المحل . قال (واذا كان البائع والمشتري جميعا بالخيار لم يتم البيع باجازة أحدهما حتى يجتمعا عليه) لان الذي أجاز منهما اسقط الخيار فصار كما لو لم يشترط الخيار لنفسه في الابتداء فيبقى خيار الآخر وبقاء خيار الآخر يكفي للمنع من انبرم العقد . قال (وقدينا أنه اذا اشترى عبدا على انه ان لم يبتد الثمن الي ثلاثة أيام فلا بيع بينهما انه جائز) استحسانا فرع عليه . وقال فان أعتقه ثم لم ينقد الثمن حتى مضت ثلاثة أيام فالتق جائز وعليه الثمن لان هذا في معنى اشتراط خيار المشتري لنفسه وخيار المشتري لا يمنع نفوذ عتقه عندهما لانه مالك وعند أبي حنيفة رضى الله عنه خيار المشتري يمنع دخوله في ملكه ولا يمنع نفوذ العتق لانه متمكن من اسقاط خياره بتصرفه فاذا سقط خياره تقرر عليه الثمن المسمى نقده في الايام الثلاثة أو لم ينقده ولان امتناعه من أداء الثمن في آخر جزء من الايام الثلاثة بمنزلة فسخ البيع لانه نفي البيع عن ذلك بقوله فلا بيع بيننا وبعد الاعتاق هو لا يملك الفسخ فنقده الثمن وعدم نقده في الحكم سواء . قال (وان كان المشتري اثنين وهما بالخيار فاختر أحدهما رده والآخر امساكه فليس لواحد منهما أن يرد حصته دون الآخر) في قول أبي حنيفة رضى الله عنه (وقال) أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله تعالى له ذلك . وكذلك الخلاف في الرد بخيار الرؤية وخيار العيب بأن اشترى شيئا لم يرباه ثم رآياه فأراد أحدهما أن يرده فليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك وكذلك اذا اشترى شيئا فوجد أحدهما به عيبا فأراد أن يرده فهو على الاختلاف وهما يقولان الراد منهما يرد ما اشترى كما اشترى فيتمكن من ذلك وان لم يساعد، الآخر عليه كما لو كان العقد في صفتين . وتحقيقه ان الرد يلاقى ملك المشتري والمبيع في ملك المشتريين . تفرق فصار نصيب كل واحد منهما كعقد علي حدة وبه فارق القبول لان القبول يلاقى ملك البائع والقبض يلاقى يد البائع وهو مجتمع في ملكه ويده فلا يكون لاحدهما أن يفرقه عليه وهو نظير الشفعة فان للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لان أخذه يلاقى ملك المشتري ولو كان البائع اثنين والمشتري واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين لهذا المعنى لان أخذه يلاقى ملك المشتري وملك المشتري مجتمع لأنه واحد وان كان البائع اثنين

وكل واحد منهما شرط الخيار لنفسه ليكون متخييراً مستتبداً بالتصرف فيما يرجع الى دفع الضرر عنه ولو لم يكن له حق الفسخ اذا لم يساعده الآخر على ذلك فأت عليه مقصوده وربما يكون في الاجازة لاحدهما ضرر والآخر نظركما لا يكون للفاسخ أن يلزم شريكه ضرر تصرفه بالفسخ فكذلك لا يكون للمجيز أن يلزم شريكه ضرر تصرفه للاجازة * يوضحه أن الراد منهما ما ثبت له الخيار الا في نصفه ولو اشترى العبد كله علي انه بالخيار في نصفه كان له أن يرد النصف بحكم الخيار * فاذا اشترى النصف وما ثبت له الخيار الا في نصفه فهو أولى * وأبو حنيفة يقول ان الراد منهما يرد نصيبه بعيب لم يكن ذلك عند البائع وليس له حق الرد بعيب حادث بسبب الخيار كما لو تعيب في يده وهذا لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه ولكن يلحق الضرر بغيره وليس له أن يلحق الضرر بغيره * وبيان الوصف أن المبيع خرج من ملك البائع جملة فاذا رد أحدهما النصف فأنما يرد النصف معيباً بعيب الشركة فان الشركة فيما يضره التبويض عيب فاحش ولهذا يرد الصداق به والرجوع في معرفة العيب الى العرف فالاشقاق في العادة لا يشتري بمثل ما يشتري به في الاشخاص * فعرفنا انه يتضرر البائع بالرد عليه والبائع أوجب المقدم لجملة وذلك لم يكن منه رضا بعيب التبويض بدليل انه لا يملك أحدهما القبول دون الآخر ولو قبل ثم تقدأحدهما حصته من الثمن لا يملك قبض حصته من المبيع ولو كان البائع راضياً بعيب التبويض لملك ذلك أحدهما وان كان الملك واليد في جانب البائع مجتمعا لوجود الرضا منه بذلك ولكن كان راضياً بعيب التبويض فأنما يرضى به في ملك الغير وذلك لا يدل على أنه رضى به في ملك نفسه * الا ترى ان المشتري لو زوج المبيعة ثم وجد بها عيباً لا يردّها لانها تعيبت بعيب النكاح وقد سلطه البائع على تزويجها وذلك أقوى من الرضى بتصرفه ولكن انما يرضى به في ملك الغير لا في ملك نفسه ولا يقال بأن هذا العيب حدث في يد البائع لان تصرف الملك ثبت بالمقد قبل القبض لانه وان حدث في يد البائع فأنما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعتقد عليه في يد البائع لم يكن له أن يردّه بحكم خياره الا أن هذا العيب يعرض الزوال بأن يساعده في الرد على الرد واذا اندم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قلنا ان في امتناع الرد ضرراً على الراد لان هذا ضرر يلحقه بجزءه عن ايجاد شرط الرد لا يتصرف من الغير ولان مراعاة جانب البائع أولى لان البائع يتضرر بتصرف الراد

والراد لا يتضرر بتصرف باشره البائع ثم هذا في الرد بالعيب يتضح فان في مراعاة جانب المشتري
ابطال حق البائع وليس في مراعاة جانب البائع ابطال حق المشتري لانه يرجع بحصة
العيب من الثمن فلماذا كان اعتبار جانب البائع أولى وليس هذا كمالو شرط الخيار في نصفه
فالبائع هناك رضى بعيب التبويض حين شرط الخيار في النصف مع علمه أن الخيار يشترط للفسخ
وهنا ماضى بذلك لانه شرط الخيار في الكل وانما ثبوت الخيار لكل واحد منهما في
النصف بمقتضى قوله ومملكه لا ينتقص من البائع على ذلك وهو نظير مالواوجب البيع في
النصف صح قبول المشتري في ذلك النصف واذا اوجب البيع لهما في الكل لا يصح قبول أحدهما
في النصف . قال (وان اشترى شيئاً على أنه بالخيار الى الغد أو الى الليل أو الى الظهر فله الغد
كله والليل كله ووقت الظهر كله) في قول أبي حنيفة (وقال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
تعالى له الخيار الى طلوع الفجر أو الى أن تغيب الشمس أو الى أن تزول الشمس ولا تدخل
الغاية في الخيار عندهما لان الغاية حد والحد لا يدخل في الحدود كما لو قال بعث منك من
هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع وهذا لان الحد غاية ومن حكم
الغاية أن يكون ما بعده بخلاف ما قبله لكن هذا انما يتحقق فيما يكون بعضه متصلاً ببعض
كما في المساحات والاقوات وهي مسئلتان فاما في الاعداد لا يتحقق هذا لانه ليس بينهما اتصال
ليكون حداً فلماذا جعلنا المعتبر هناك أكثر الاعداد ذكرنا حتى اذا قل لا مرأته أنت طالق من
واحدة الى ثلاث تطلق ثلاثاً واذا قال فلان على من درهم الى عشرة يلزمه عشرة فاما
الاقوات يتصل بعضها ببعض فيتحقق فيها معنى الغاية بيان ذلك في قوله تعالى (ثم آتوا الصيام
الى الليل) ومن حيث الاحكام اذا باع بثمر مؤجل الى رمضان أو أجر داره الى رمضان أو
حلف لا يكلم فلانا الى رمضان لا يدخل الحد فاما الموافق في قوله تعالى (وأيدىكم الى المرافق)
فانما عرفنا دخولها بفعل النبي صلى الله عليه وسلم حين توضأ فادار الماء على مرافقه وبه يتبين
ان الى بمعنى مع ولكنه نوع من المجاز لا يحمل الكلام عليه الا عند قيام الدليل عليه ولا ي
حنيفة في المسألة حرفان (أحدهما) ان البذل الذي في جانب من له الخيار باق على ملكه سواء
كان الخيار للبائع أو للمشتري والمالك الثابت له يتيقن لا يزال بالشك واذا كانت الغاية تدخل
في الكلام وفي بعض المواضع ولا تدخل في بعض المواضع فلو لم تدخل الغاية كان فيه ازالة
ملكه بالشك * يوضحه أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق بالشرط وهو سقوط

الخيار فما لم يتيقن بوجود الشرط لا يثبت ماعلق به وفي موضع الغاية شك وعليه تخرج
المسائل لابي حنيفة فان في وقوع التطايقة الثالثة شك وفي وجوب الدرهم العاشر في ذمته
شك وفي مسألة الاجل البيع موجب ملك اليمين والاجل مانع من توجه المطالبة والمانع
بالشك لا يثبت وفي الاجارة ملك الرقبة سبب لحدوث المنفعة على ملكه الا اذا ثبت الحق
فيه لغيره وبالشك لا يثبت الحق للغير فتحدث المنفعة على ملك المؤاجر فسبب ملك الرقبة
وفي اليمين اباحة الكلام أصل فلا تثبت الحرمة والمنع بالشك والاصل فراغ ذمته عن الكفارة
فلا يشغلها بالشك في موضع الغاية والحرف (الاخر) أن في كل موضع تكون الغاية لمد الحكم
الى موضع الغاية لا تدخل الغاية كما في الصوم لو * قال ثم أتموا الصيام الى الليل اقتضى صوم
ساعة فقوله الى الليل لمد الحكم الى موضع الغاية وفي كل موضع ذكر الغاية لاجرا
ماوراءها يبقى موضع الغاية داخلا كما في قوله تعالى (وأيدىكم الى المرافق) لان مطلق الايدى
في الطهارة يتناول الخارجة الى الآباط ولهذا فهمت الصحابة رضوان الله تعالى عليهم باطلاق
الايدى في التيمم الايدى الى الآباط فكان ذكر الغاية لاجرا ماوراءها فيبقى موضع الغاية
داخلا هنا ولو شرط الخيار مطلقا يثبت الخيار مؤبداً ولهذا فسد العقد فكان ذكر الغاية
لاخراج ماوراءها فيبقى موضع الغاية داخلا وفي مسألة الاجل ذكر الغاية لمد الحكم الى
موضع الغاية لان الاجل للترقية فطلق الاسم يتناول أدنى ما يحصل به الترقية * وكذلك في
الاجارة فانها عقد تملك المنفعة بعوض فطلقها لا يوجب الا أدنى ما يتناوله الاسم وذلك
مجهول ولاجل الجهالة يفسد العقد فكان ذكر الغاية لبيان مقدار المقود عليه وذلك لمد الحكم
الى موضع الغاية ولكن يدخل فصل اليمين على هذه الطريقة * وقد روى الحسن عن أبي حنيفة
ان في اليمين تدخل الغاية فيأخذ في اليمين على هذه الطريقة بتلك الرواية. قال (واذا اشترى
شيئا لغيره بأمره واشترط الخيار له فقال البائع رضي الأمر وهو غائب لم يصدق على ذلك)
لان البيع غير لازم للخيار المشروط للأمر والبائع يدعى لزومه ولو ادعى أصل البيع لم يصدق
على ذلك الا بحجة * فكذلك اذا ادعى صفة الزوم ولا يمين على المشتري في ذلك لانه لا يدعي
عليه الرضا وانما يدعيه على الأمر فلو استحل المشتري على ذلك كان بطريق النيابة عن الأمر
ولا نيابة في اليمين ولانه لا يمين له في هذه الدعوى على الأمر لو كان حاضراً فاذا لم توجه اليمين
على من يدعى عليه الرضا فعلى وكيله أولى وانما لم توجه اليمين على الأمر لانه لا خصومة بين

البائع والآمر فإن العقد لم يجر بينهما والاستحلاف ينبنى على الدعوى والخصومة ولأنه لو كان على الأمر يمين لم يكن للوكيل أن يردده حتى يحضر الأمر فيحلف كما في الوكيل بالرد بالعيب إذا ادعى البائع الرضا على الموكل لم يكن للوكيل أن يردده حتى يحضر الموكل فيحلف وهنا للوكيل أن يردده بغير يمين لأن اشتراط الخيار الأمر اشتراط منه لنفسه وما لم يظهر المسقط لنفسه بخياره فهو متمكن من الرد ففرقا أن بهذه الدعوى لا يتوجه اليمين على أحد وإذا أقام البائع البينة أن الأمر قد رضى فالبيع لازم للأمر لأنه أثبت ما ادعى من صفة اللزوم بالبينة والثابت بالبينة كالثابت بمائة والوكيل خصم في إثبات ذلك عليه لأنه نائب عن الموكل والإثبات بالبينة على الثابت صحيح ولأن العقد جرى بينهما فيكون هو خصما في إثبات صفته عليه * ألا ترى أنه لو كان شرط الخيار لنفسه كان خصما في إثبات الرضى عليه فكذلك إذا شرطه للأمر وإن لم يتم البينة وصدقه المشتري فيه وقال الأمر في الثالث بحضرة البائع قد أبطلت لزوم البيع المشتري لأن إقرار المشتري حجة عليه دون الأمر وقد أقر بلزوم العقد برضا الأمر فيجعل ما أقر به في حقه كالثابت بالبينة فلا يتمكن من الرد على البائع بعد ذلك وهو في حق الأمر كالمعدوم فاذا قال (في الأيام الثلاثة بمحض من البائع قد أبطلت البيع فقد أقر بما يملك انشاء فلا تمكن التهمة في إقراره بخلاف ما إذا قال ذلك بعد مضي المدة لأنه أقر بما لا يملك انشاء وما يلزم البيع وهو مضي الأيام قبل ظهور الفسخ معلوم فلا يصدق فيما يدعى من الفسخ في المدة * يوضحه أن إقرار الوكيل برضا الأمر بمنزلة مباشرته للعقد في الابتداء بغير خيار ولو أمره بأن يشتري بشرط الخيار له فاشترى ولم يشترط الخيار لزمه دون الأمر فكذلك إذا أقر برضا الأمر بعد ما شرط الخيار قال (وإذا اشتري عدلا على أنه زطى فيه خمسون ثوبا كل ثوب بكذا أو جماعته بكذا أو شرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فإن أراد أن يرد بعضه دون بعض لم يكن له ذلك) لأن خيار الشرط يمنع تمام الصفقة ألا ترى أن البديل الذي من جانب من له الخيار لا يخرج عن ملكه فهو برد البعض يفرق صفة مجتمعة على البائع قبل التمام فليس له ذلك كما لو قبل العقد في الابتداء في البعض دون البعض فكذلك ما اشتراه صفقة واحدة من المكمل والموزون والمروض والحيوان وما يضره التبويض وما لا يضره في ذلك سواء لأن في تفريق الصفقة قبل التمام ضررا فإن من عادة الناس ضم الجيد إلى الرديء لترويج الرديء بضمن الجيد والشروط له الخيار

يدفع الضرر عن نفسه ولا يملك الحاق الضرر بصاحبه . قال (ولو اشترى ثوبين كل واحد منهما بعشرة دراهم على أنه بالخيار ثلاثة أيام يمسهك أيهما شاء ويرد الآخر جازا للعقد) عندنا استحسانا وكذلك هذا في ثلاثة أثواب وفيما زاد على الثلاثة العقد فاسدو (قال) زفر رحمه الله ما زاد على الثلاث وما دون الثلاث فيه سواء فالعقد فاسد وهو القياس في الثلاثة والاثنين لان المبيع مجهول فان المبيع أحد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما يتفاوت بمنع صحة العقد ألا ترى انه لو لم يسم لكل ثوب ثمننا كان العقد فاسداً لجهالة المبيع وكذلك لو لم يشترط الخيار لنفسه كان العقد فاسداً فكذلك اذا اشترط الخيار لان شرط الخيار يزيد في معنى الغرور ولا يزيله * وجه الاستحسان ان هذا الجهالة لا تفضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وبحكم خياره يستند بالتعتين والجهالة التي لا تفضي الى المنازعة لا تمنع صحة العقد كما اذا اشترى قميصاً من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه فالجهالة هناك تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم لكل ثوب ثمننا لان هناك ثمن ما يتناوله العقد مجهول فانما فسد العقد لجهالة الثمن ثم الجهالة التي تتمكن بسبب عدم تعيين الثمن معتبر بالقدر الذي يتمكن بسبب شرط الخيار وذلك يتحمل في الثالث وما دونه ولا يتحمل في الزيادة على ذلك فكذا هذا اعتباراً للمحل بالزمان وهذا لان احتمال هذه الجهالة لاجل الحاجة * فقد يشترى الانسان لعياله ثوبا ولا يعجبه أن يحمل عياله الى السوق ولا يرضي البائع بالتسليم اليه ليحمله الى عياله بغير عقد فيحتاج الى مباشرة العقد بهذه الصفة وهذه الحاجة مقصورة على الثلاث لان كل نوع يشتمل على أوصاف ثلاثة جيد ووسط ووردي فاذا حمل الثلاثة الى أهله ثم المقصود فأخذنا فيما زاد على ذلك بالقياس لعدم الحاجة فيه كما فعلنا ذلك في شرط الخيار تم نص في هذا الموضع على تقدير الخيار بثلاثة أيام وهو الصحيح لان هذا خيار ثبت بالشرط فلا بد فيه من اعلام المدة وان أطاق ذلك في غير هذا الموضع من الكتب . قال (فان هلك أحدهما أو دخله عيب لزمه ثلثه ويرد الباقي وهو فيه أمين لانه عجز عن رد الهالك منهما بحكم الخيار فيتعين البيع فيه) وهذا لانه حين أشرف على الهلاك فقد ثبت في يده وعجز عن رده كما قبضه فيلزمه البيع فيه ثم يكون مالكا على ملكه فاذا تعين البيع في الهالك كان هو أمينا في الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون المبيع أحدهما دون الآخر فكان أحدهما بغير عينه مبيعا والآخر

أمانة لانه ما قبض الآخر للشراء فاذا تعين البيع في أحدهما تعين البيع في الهالك كان أميناً في الآخر لانه قبضهما باذن البائع على أن يكون تعين الآخر للأمانة وفرق بين هذا وبين ما إذا طلق إحدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه ثم مات أحدهما تعين الباقية للطلاق دون الهالكة وهنا تعين الهالكة للبيع (قال) على القمى لافرق بين المسئلتين في الحاصل لان في الفصلين ما يهلك على ملكه أما الشوب فلانه يهلك على ملكه حيث يتعين الباقى للرد وفي الطلاق كذلك يهلك الهالكة على ملكه حتى تعين الباقية للطلاق الا ان الصحيح ما ذكرنا ووجه الفرق أن الشوب لما أشرف على الهلاك خرج من أن يكون محلاً للرد لانه عجز عن رد ما اشترى كما اشترى فبتعين العقد فيه وتعين الباقى للرد ضرورة فأما في الطلاق والعناق حين أشرفت على الهلاك لم يتعين محلاً لوقوع الطلاق عليها فلو وقع الطلاق عليها انما يقع بعد الموت والطلاق لا يقع بعد الموت فتعين الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما إذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على أنه بالخيار ثلاثة أيام فهلك أحدهما عنده فانه لا يرد الباقى لان العقد يتناولهما جميعاً ألا ترى أنه يملك العقد فيهما فبعد ما تذر عليه رد أحدهما لا يتمكن من رد الآخر لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهنا العقد يتناول أحدهما ألا ترى أنه لا يملك اتمام العقد فيهما فمهلك أحدهما وتعييب كان له رد الباقى . قال (وان هلكا معاً فعليه نصف ثمن كل واحد منهما ان كان الثمن متفقاً أو مختلفاً) لان أحدهما بغير عينه مبيع لزمه ثمنه بالهلاك في يده والآخر أمانة وليس أحدهما لثمنه مبيعاً بأولى من الآخر لان حالهما قبل الهلاك سواء فبعد الهلاك لا يتحقق تعين البيع في أحدهما فلمعارضة فلنا فيستبع حكم الامانة وحكم البيع فيهما فيكون هو أميناً في نصف كل واحد منهما مشترياً نصف كل واحد منهما ولان كل واحد من الثمنين يازمه من وجه دون وجه فلمذا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما . قال (وان كانا قاتنين باعيا لهما أو اردتهما فله ذلك لانه أمين في أحدهما فردة بحكم الامانة وفي الآخر مشتري قد شرط الخيار لنفسه فيتمكن من رده فان اختار أحدهما لزمه ثمنه) لانه عين البيع فيه والتزمه باختياره فليازمه ثمنه وكان في الآخر أميناً فان ضاع عنده بعد ذلك لم يكن عليه فيه ضمان لما ذكرنا . قال (واذا اشترى جارتين أحدهما بالف والأخرى بخمسمائة على أن يأخذ أيهما شاء ويرد الأخرى فاعتقهما في كلمة واحدة فانه يخير فإتيهما اختار وقع العتق عليهما ويرد الأخرى) لان عتقه نفذ في أحدهما وهي المشتراة

منهما فان اعتناق المشتري في المشتراة بشرط. الخيار له صحيح فيسقط الخيار فيها والاخرى كانت
أمانة عنده فاعتاقه اياها باطل فاذا عرفنا نفوذ العتق منه في احديهما بغير عينها كان البيان في ذلك اليه
لان الابهام كان منه فاذا عين احديهما تعينت هي للعتق ورد الاخرى كما لو كانتا مملوكتين
له فاعتق احديهما بغير عينها . قال (ولو لم يفتقها ولكن حدث بهما عيب ولا يدري أيهما أول
فقال المشتري حدث العيب بالتي قيمتها خمسمائة أولا فالقول قوله) لانه كان الخيار له وكان
متمكنا من تعيين البيع فيها فاذا زعم أن البيع تعين فيها بأن تعين في يده أولا وجب قبوله
في ذلك ويرد الأخرى ونصف قيمة عينها في القياس لانهما لو هلكتا معا لزمه نصف بدل
كل واحدة منهما فاذا تعينتا فقد فدت جزء من كل واحدة منهما في الجملة والجزء معتبر بالجملة ثم كل
واحدة منهما يتردد بين الضمان والامانة فلا تردد كان نصف ما فدت من كل واحد منهما في
ضمان المشتري وقوله في تعيين المبيع مقبول ولكن في اسقاط ما لزمه من ضمان العيب في
الاخرى غير مقبول فلماذا يرد نصف قيمة عينها وفي الاستحسان لا يرد شيئا من حصة عينها
لان من ضرورة تعيين احديهما للبيع تعيين الاخرى للامانة وتعيين الأمانة في يد الامين
لا يوجب عليه شيئا من الضمان وهذا لان بالقبض ما لزمه الا ضمان ثمن واحدة منهما ألا
ترى انهما لو هلكتا لم يلزمه الا نصف ثمن كل واحدة منهما وقد وجب عليه كمال ثمن
احديهما وهي التي عينها للبيع فلا يلزمه مع ذلك شيء من قيمة الأخرى . قال (وان حدث
العيب بهما مما ردا أيهما شاء وأمسك الاخرى بخلاف ما اذا هلكتا) لان المالك ليس بمحل
لا ابتداء البيع فيه فلا يكون محلا لتعيين البيع فيه والمعيب محل لا ابتداء البيع فيه فيكون محلا
لتعيين البيع فيه أيضا فلماذا يبقى خياره بعد ما تعينتا مما اذ ليست احدهما بتعيين البيع
فيها بالاولى من الاخرى ولكن ليس له أن يردهما بخلاف ما قبل التعيب لان
العقد قد لزمه في المبيعة منهما بالتعيب وسقط خيار الشرط فيها فلماذا لا يتمكن من
ردهما واذا رد احديهما في القياس يرد معها نصف قيمة العيب وفي الاستحسان ليس
عليه ذلك كما في الفصل الاول . قال (وان حدث باحديهما عيب آخر بعد ذلك
لزمه البيع) لان العيب الاول لما لم يؤثر في التعيين لاستوائهما فيه كان كالمردوم فكأنه
ما تعيب الا احدهما الآن وذلك موجب لتعيين البيع لجزءه عن ردها كما قبضها وكذلك
لو ماتت احدهما أو جنى عليها المشتري لزمته ورد الاخرى لان العيب الاول

صار كالمعدوم ولو ماتت احدهما في يده أو جنى عليها قبل التعيب لزمه البيع فيها ويرد الاخرى فهذا مثله وان أعتق البائع التي اختار المشتري لم يعتق لان باختيار المشتري تعين البيع فيها فانما أعتق البائع مالا يملكه وان أعتقها جميعا عتقت التي ترد عليه منهما لان عتقه نفذ في احدهما فان احدهما مبيعة خارجة عن ملكه وان كان للمشتري فيها خيار فلا ينفذ عتقه فيها والاخرى أمانة وهي باقية علي ملكه فينفذ عتقه فيها الا أن باعتاقه لا يسقط الخيار الثابت للمشتري لان البائع غير متمكن من اسقاط خياره فيقال للمشتري اختر أيتهما شئت فاذا اختار احدهما تعينت الاخرى للرد فينفذ عتق البائع فيها . قال (وان اختار ردهما جميعا فعتق البائع انما ينفذ في احدهما) لان احدهما ما كانت مملوكة له حين أعتق فلا ينفذ عتقه فيها وان عادت اليه بعد ذلك واذا نفذ عتقه في احدهما بغير عينا كان البيان فيه الى البائع . قال (ولو لم يعتق واحد من المولين شيئا منهما ولكن المشتري وطأهما فخبنا ثم مات قبل أن يبين أيتهما اختار فان عرفت الموطوءة أولا فهي أم ولده) لان إقدامه على وطئها تعين للبيع فيها واسقاط للخيار فان الوطء لا يحمل الا في الملك فإقدامه عليه دليل تقريره الملك فيها . ألا ترى ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه لما خير ببريرة رضى الله تعالى عنها (قال) لها ان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل تمكينها نفسها من الزوج مسقطا لخيارها واذا تعين بيعه فيها وقد استولدها كان عليه ثمنها وهي أم ولده ويرد الاخرى وولدها علي البائع ولا يثبت نسبه من المشتري لانه ليس له في الاخرى ملك ولا شبهة ملك وعليه عقرها . وهذا لان الحد قد سقط بالشبهة صورة العقد والوطء في غير الملك لا ينفك عن حد أو عقر فاذا سقط الحد لزمه عقرها وان لم يعلم أيتهما وطئت أولا فالقول قول ورثته لانهم قائمون مقامه وهو لو بين الموطوءة أولا منها وجب قبول بيانه . فكذلك بيان ورثته بدمه وهذا . لان ثمن الموطوءة أولا وجب علي الوارث قضاؤه من التركة والقول قوله في بيان ما لزمه ثمنه فانهم ان قالوا لا نعلم لزم المشتري نصف ثمن كل واحدة منهما ونصف عقرها لانه ليست احدهما بتعنين البيع فيها بأولى من الاخرى فيتبع البيع فيهما ويلزمه نصف ثمن كل واحدة منهما وقد لزمه عقر احدهما بالوطء وليست احدهما بذلك بأولى من الاخرى فلزمه نصف عقد كل واحدة منهما وتسمى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للبائع لان المبيعة منهما أم ولده وقد عتقت بموته وليست احدهما بذلك بأولى من الاخرى

فلهذا يعتق نصف كل واحدة منهما وتسمى كل واحدة منهما في نصف قيمتها للبائع لان حكم أمية الولد لا يثبت فيما هو ملك البائع منهما وكذلك يعتق أحد الولدين على المشتري وليس احدهما بذلك بأولى من الآخر فيعتق نصف كل واحد منهما ويسمى كل واحد منهما في نصف قيمته للبائع ولا يثبت نسب كل واحد منهما لان من ثبت نسبه من المشتري منهما مجهول وانما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط والنسب لا يحتمل التعليق بالشرط فلا يثبت في المجهول . قال (واذا وطئها المشتري والبائع جميعا فادعى هو والمشتري ولديهما جميعا فالتقوا قول المشتري في التي وطئها أولا وهي أم ولده والولد ولده) لان خيار البيان كان للمشتري دون البائع فالمصير الى قوله بالتمين أولى من المصير الى قول البائع ثم عليه عقر الاخرى لانه وطئها وهي مملوكة للبائع والاخرى وولدها للبائع ويثبت نسب ولدها من البائع لانه ظهر أنه استولدها في ملكه وعلى البائع عقر أم ولد المشتري لا قراره بانه وطئها وقد سقط الحد عنه بالشبهة فلزمه العقر فيجعل المقر بالعقر قصاصا ويتراد ان الفضل ان كان فيه فضل وان مات البائع والمشتري قبل البيان فالتقوا قول ورثة المشتري لانهم قائمون بمقامه ولان الثمن يلزمهم فان لم يعلموا لم يثبت نسب واحد من الولدين لامن البائع ولا من المشتري لان الثابت نسب من كل واحد منهما مجهول والامتنان وولدهما أحرار لان كل واحدة منهما أم ولد لاحدهما وقد عتقت بموت مولاها والولدان كذلك وعلى المشتري نصف ثمن كل واحد منهما لاجل التعارض والتساوى فان كل واحد من الثنتين يلزمه في حال دون حال وعليه نصف عقر كل واحد منهما وعلى البائع كذلك نصف عقر كل واحد منهما وهذا قصاص لانه لا فائدة في القبض والرد ولا الجاريتين والولدين بين البائع والمشتري لان كل واحدة عتقت منهما جميعاً . قال (واذا اختلف البائع والمشتري في اشتراط الخيار فالتقوا قول الذي ينفيه منهما) لانه متمسك بمقتضى العقد وهو الازوم ولان الخيار مانع لا يثبت الا بالشرط فالمدعى منهما يدعى شرطاً زائداً والآخر ينكر . فالتقوا قول المنكر كما في دعوى الاجل وان اختلفا في مقداره فالتقوا قول المقر باقصر الوقتين لان الثابت من الخيار ما وقع الاتفاق عليه واختلفا في الزيادة على ذلك في هذا الفصل كاختلافهما في أصل الخيار في

الفصل الاول وان اختلفا في مضيه . فالقول قول الذي ينكر مضيه لانها تصادقا على ثبوت الخيار ثم ادعى أحدهما سقوطه بمضي المدة فلا يقبل قوله الا بحجة كما في الأجل ولان البيع حادث فانما يحال بحدوثه الى أقرب الاوقات والذي يدعى مضى الخيار يسند البيع الى ما قبل هذه الساعة بثلاثة أيام فلا يصدق في ذلك الا بحجة واذا لم يصدق فانما يظهر البيع بينهما في الحال فلا يكون مضى مدة الخيار الا بمضى أيامها . قال (ولو كان المبيع داراً وكان للبائع فيها خيار لم يكن فيها شفعة) لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عنه . لمكة فانه لا يتم رضاه بالسبب مع شرط الخيار وخروج المبيع عن ملكه يعتمد تمام الرضا به ووجوب الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لان الشفعة لدفع ضرر سوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يكون الا بعد انقطاع حق البائع . قال (واذا كان الخيار للمشتري فللشفيع فيها الشفعة) لان حق البائع قد انقطع فقد تم البيع من جهته ووجوب الشفعة تعتمد لثبوت الملك للمشتري * ألا ترى أنه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان . وقال المشتري ما اشتريتها كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولان المشتري قد صار أحق بها ملكاً أو تصرفاً فيتحقق ضرر سوء مجاورة الجار الحادث فكان للشفيع أن يدفع ذلك بالآخر . قال (واذا قال الرجل للرجل اذهب بهذه السلعة فانظر اليها اليوم فان رضتها فهي لك بالف درهم . أو قال ان رضيتها اليوم فهي لك بالف درهم فهو جائز) على ما اشترطنا استحساناً وفي القياس هو باطل وهو قول زفر رحمه الله * وجه القياس انه صرح بتعليق الايجاب بشرط الرضا ويجاب البيع لا يحتمل التعليق بالشرط كما لو . قال ان تكلمت فهي لك بكذا * ووجه الاستحسان انها أتيا بمعنى شرط الخيار يوماً والمعتبر والمقصود هو المعنى فكانه قال بعت منك علي أنك بالخيار الى الليل وهذا لان حمل كلامه على الصحة واجب ما أمكن والتقديم والتأخير في الكلام محتمل وتصحيح الكلام بالتقديم والتأخير طريق في الشرع فكانه قال هي لك بالف فان رضيتها اليوم والا فردها علي . قال (واذا كان المشتري بالخيار فاستخدم الجارية فهو على خياره ثلاثة أيام) لأنه انما يشترط الخيار في شراء الرقيق لهذا حتى يستخدمه في المدة فينظر أوافقه أولاً . وكذلك ان ركب الدابة ينظر الى سيرها أو لبس القميص ينظر الى قدسه عليه فهو على خياره لأنه لا يعرف مقصوده الا بالامتحان ولا جله يشترط الخيار والامتحان في الدابة بالركوب والسير وفي الثوب باللبس فان لبس بعد ذلك ثانياً فهذا منه رضا لان معنى الاختيار قد تم

باللبس الاول فالثاني يكون اختياراً . وكذلك ان سافر على الدابة فقد رضى بها لان الاختيار لا يكون بالسفر على الدابة ولا يفعل ذلك الا في الملك عادة فان الانسان لا يسافر بدابة الغير عادة من غير كراء . وكذلك اذا سكن الدار فهو على خياره وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فاذا كان ساكناً في الدار قبل الشراء فاستدام السكنى بعد الشراء لا يسقط خياره فان انتقل اليها وسكنها بعد الشراء سقط خياره لانه لا يكون ذلك اختياراً عادة بل يكون رضا بتقرر الملك . قال (واذا قبل جارية بشهوة ونظر الي فرجها بشوة فهو رضا) لان هذا الفعل لا يحل الا في الملك فاقدمه عليه دليل الرضى فتقرر ملكه فيها بمنزلة الفسيان . قال (وان كانت الجارية هي التي نظرت الى فرجه أو قبلته أو مسته بشهوة فأقر المشتري أنها فعلت ذلك بشهوة لزمته الجارية أيضاً وحرمت عليه أمها وابنتها) وكذلك هذا في الرجعة وهذا قول أبي يوسف وقاسه على قول أبي حنيفة رحمه الله يعني في الرجعة وأما في قول محمد فلا يكون ما صنعت الجارية بالمشتري رضى منه لانه لم يصنع شيئاً والخيار من المشتري انما يسقط باعتبار صنع أو يوجد دليل الرضا منه وصنعها به لا يكون دليل الرضا من المشتري بها وانما هو دليل رضا بكون المشتري مولى لها ولو صرحت بذلك أو أسقطت الخيار كان ذلك لغوامنها وليس هذا نظير مالو جنت على نفسها لان سقوط خيار المشتري هناك بمجره عن ردها كما قبضها لافعلها* ألا ترى أنها وان تعييت من غير فعل أحد سقط خياره أيضاً* وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن فعلها به في الحكم كفعله بها بدليل الوطء فانه لو كان نائماً فاستدخات فرجه فرجها سقط خياره كما لو فعل بها . فكذلك دواصى الوطء* ألا ترى ان في حرمة المصاهرة يسوى بين الوطء ودواعيه وبين فعلها به وفعله بها وهذا لان الفعل غير مسقط الخيار بنفسه بل بحكمه وهو أنه لا يحل الا في الملك والحل باعتبار الملك يثبت من الجانبين فكما يسقط الخيار باعتبار هذا المعنى عند فعله بها* فكذلك عند فعلها به وبعد قيام الدليل الحكمي لا يبقى خياره وان انعدم رضاه كما لو تعييت في يده بفعله أو بغير فعله وكما عجز هناك عن ردها كما قبض فقد عجز هنا عن ذلك لانه اذا كان اشتراها من أبيه فقد اشتراها وهي حلال للأب وبعد هذا الفعل يردّها وهي حرام عليه فيمتنع الرد كذلك والدليل عليه الرجعة فان المرأة اذا صرحت بالرجعة لم يصح ذلك منها ثم جعل فعلها به في حكم ثبوت الرجعة كفعله بها فهذا مثله (قال) أبو يوسف رحمه الله وهذا في الخيار أقبح

ولكن الكل قياس واحد يريد ان ملك الحل بسبب النكاح مشترك بين الزوجين ولا شركة بين المشتري والجارية في حقوق عقد الشراء والملك الثابت ولكن الكل قياس واحد من الوجه الذي قررنا وانا يسقط اقرار المشتري انها فعلت ذلك من شهوة لان قول الامه غير مقبول في اسقاط خياره واقرار المشتري بذلك حجة عليه * ألا ترى أن في حرمة أمها وابنتها عليه يعتبر اقرار المشتري بذلك * فكذلك في سقوط خياره وروى بشر عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنها ان اختلفت ذلك منه وهو كاره لم يسقط خياره وان مكها من ذلك حيثئذ يسقط خياره لوجود دليل الرضا منه لتمكها من تقييله أو مسه بشهوة . قال (واذا باع الوكيل خادما واشترط الخيار للآمر بأمره . فقال البائع يعنى الوكيل قد رضى الأمر . وقال الأمر ما رضيت فالقول قول الأمر مع يمينه أنه ما رضى لانه في أصل التوكيل استثنى الرضا حيث أمره باشتراط الخيار له ولهذا لو باعه ولم يشترط الخيار له لم ينفذ يمينه فعند ذلك الوكيل يدعى عليه أنه ما عرف انه استثناه لنفسه والأمر ينكر . فالقول قوله مع يمينه بمنزلة ما لو أنكر أصل الأمر بالبيع . قال (وان اختلف الأمر والمشتري في الخادم وقد فسخ الأمر العقد بخياره فقال الأمر ليست هذه بخادمي . وقال المشتري هي الخادم التي اشتريت منك . فالقول قول المشتري لان الأمر لما فسخ العقد بخياره فالخادم ملكه في يد المشتري والقول في تعيين الملك قول ذي اليد أمينا كان أو ضامنا كالفاسب . قال (واذا لم يكن للخيار وقت فلصاحب الخيار أن يختار في الثلاث فان مضت الثلاث قبل أن يختار البيع فالبيع فاسد) في قول أبي حنيفة و(قال) أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى يجوز ان يختار بعد الثلاث و(قال) زفر لا يجوز وان اختاره في الايام الثلاث وهو بناء على ما تقدم ان عند أبي حنيفة اشتراط الخيار لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام ومطلق اشتراط الخيار يقتضى التأييد * ألا ترى أن ما لا يتوق من الخيار كخيار الميب فانه يثبت على التأييد ثم الاسقاط انما يعمل في المستقبل دون الماضي فاذا سقط قبل مضي الايام الثلاثة عمل اسقاطه في المستقبل وما مضى غير مناف لصحة العقد فكان العقد صحيحا عنده . واذا سقط بعد مجئ اليوم الرابع فما مضى كاف لافساد العقد واسقاطه غير ممكن . وعند أبي يوسف ومحمد رحمه الله تعالى ما مضى غير ملوم في نفسه وهو غير مناف لصحة العقد وعلي قول زفر المقدم متى فسد لا طريق لتصححه الا الاستقبال ومشايا مختارهم الله تعالى يختلفون في الحكم في هذا العقد في

الابتداء. فمنهم من يقول هو فاسد ثم ينقلب صحيحا باسقاط الخيار. والا وجه أن يقول الحال فيه مراعى وهو عقد غير منبرم في الحال لان تأثير الخيار في المنع من انبرام العقد لا في افساد العقد وانما المفسد هو الخيار في اليوم الرابع وذلك لا يتصور الا بعد مضي الايام الثلاثة ما لم يقرر عليه الفساد لا يتعين عليه صفة الفساد للعقد ويستوى ان أسقط المشتري خياره في الايام الثلاثة أو أعتقه أو مات في يده أو تيب في انه يسقط خياره في المستقبل باعتراض هذه المعاني ويجب عليه الثمن المسمى. ذكره الكرخي في جامعه الصغير وبهذا يتبين أن العقد غير محكوم بفساده قبل مجئ اليوم الرابع. قال (واذا اشترى عبيد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة علي أن يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات البائع مات الذي بألف درهم قبل. وقال المشتري لابل مات الذي بخمسمائة قبل) وكان أبو يوسف يقول أولا لم يصدق واحد منهما علي ما قال ويحلف المشتري ما يعلم انه مات الذي بألف أول مرة ويحلف البائع ما يعلم انه مات الذي بخمسمائة أولا فأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه فان حلفا لزمهما نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك. فقال القول قول المشتري الا أن يقيم البائع البينة وهو قول محمد * وجه قوله الاول ان كل واحد منهما يدعى علي صاحبه العقد في مجلس آخر فيحلف كل واحد منهما علي دعوى صاحبه كما لو. قال بمت منك هذا العبد بألف. وقال المشتري انما اشتريت منك هذا العبد الآخر بخمسمائة وقد بينا فيما سبق ان كل واحد منهما في هذا الفصل مدع ومنكر حقيقة فالهلاك لا يمنع جريان التحالف وانما يحلف كل واحد منهما علي العلم لانه استخلاف علي ما ليس من صنعه وهو الموت أولا فاذا حلفا فقد انتفا دعوى كل واحد منهما يمين صاحبه وقد علمنا يقينا لزوم البيع في احدهما ووجوب ثمنه عليه وليس أحدهما بأولى من الآخر فيلزمه نصف ثمن كل واحد منهما أو لم يعلم التاريخ بين موتيهما يجعل كأنهما ماتا معا فيتسع حكم البيع والامانة فيهما * ووجه قوله الآخر ان حاصل الاختلاف في مقدار ماوجب للبائع علي المشتري من الثمن فالبائع يدعى الزيادة فله أن يقيم البينة علي ذلك والمشتري منكر لتلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وليس هذا علي أصل محمد نظير اختلاف المتبايعين في الثمن بعد هلاك السلعة لان هناك كل واحد منهما يدعى عقدا آخر فالبيع بألف غير البيع بألفين علي ما بينا وهما صادقان علي العقد بالثمن المسمى في كل واحد منهما وانما يختلفان في مقدار ما لزم المشتري من

التمن المسمى فالقول قوله لانكاره الزيادة وان قامت له ما ينفذ لزمه ألف درهم لان
 بينة البائع تثبت الزيادة. وكذلك لو حدث بهما جميعاً عيب فاختلفا في الذي أصابه العيب
 أولاً وأقاما البينة فالبينة بينة البائع لاثبات الزيادة في حقه قبل المشتري . قال (واذا اشترى
 عبداً على ان البائع بالخيار ثلاثة أيام فقطعت يده عند المشتري فالبائع بالخيار ان شاء ألزمه
 البيع وأخذ منه الثمن وان شاء أخذ منه عبده) لان التعيب حصل في ضمان المشتري
 وذلك لا ينافي خيار البائع ومحل الاجازة بعد القطع قائم فيبقى على خياره فان اختار أخذ
 العبد يخير في نصيب القيمة بين أن يرجع به على الجاني أو على المشتري لان خيار البائع يمنع
 خروج المبيع عن ملكه فالجناية من القاطع حصت على ملكه ولكن في ضمان المشتري
 بالقبض فيكون له الخيار في التضمن كالعبد المغصوب اذا قطعت يده عند الغاصب فاذا اختار
 اتباع القاطع لم يرجع القاطع على المشتري لان القاطع ضمن بجانيته وان اختار اتباع المشتري
 فالمشتري أن يرجع به على القاطع لان ذلك الضمان تقرر عليه بجناية القاطع فيرجع به عليه
 كالغاصب وان كان البائع هو الذي قطع يده فهذا منه رد للبيع وليس له أن يلزمه البيع
 بعد ذلك لان اليد من الآدمي نصفه فهو قد استرد نصفه بقوله وفي الاسترداد بحكم الخيار
 العقد لا يتجزى وفسخه البيع في النصف بالاسترداد يكون فسخاً في الكل فلهذا
 لم يكن له أن يلزمه البيع بعد ذلك . قال (وان اشترى جارية على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام
 فولدت عنده فقد انقطع خياره) لانها تميزت بالولادة وكذلك لو وطئها هو أو غيره بفجور
 أو غير ذلك لان وطأها إياها دليل الرضا ووطأ الغير إياها بالفجور تمييز لها * وقد بينا ان
 حدوث العيب في ضمان المشتري مسقط لخياره المستوفي بالحكم في حكم جزء من آخر
 العين لان المستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح في حكم العين ولهذا يثبت
 مؤبداً واستيفاء جزء من العين مسقط لخياره سواء كان المستوفي هو أو غيره . قال (مسلم
 اشترى من مسلم عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم ارتد المشتري في الثلاثة والعاذ بالله فله
 أن يرد العبد ولا يوجب عليه الاسلام ولا الكفر شيئاً) لان مشيئته لا تقطع برده ثم
 عندهما خياره لا يمنع دخول العبد في ملكه فردّه بالخيار بمنزلة الاخراج عن ملكه
 وذلك صحيح من الرتد عندهما . وعند أبي حنيفة خياره يمنع دخول العبد في ملكه فهو
 بالرد يمتنع من التملك الا أن يملك غيره شيئاً وردته لا تمنعه من ذلك ثم لا خلاف بين

أصحابنا رحمهم الله ان البذل الذي من جانب المشروط له الخيار لا يخرج عن ملكه * وللشافعي فيه ثلاثة أقوال في قول مثل هذا وفي قول يخرج ويدخل في ملك الآخر لان العقد منعقد مع شرط الخيار فيثبت حكمه وهو الملك اذا الخيار لا ينافي في ذلك كخيار العيب . وفي قول آخر يقول انه اذا أسقط الخيار تبين انه كان خارجا من ملكه الى ملك صاحبه من وقت العقد بناء على أصله أن الخيار ما يقع بعد ما انعقد السبب موجبا للملك فاذا زال بسقوط الخيار تبين ان الملك كان ثابتا من وقت السبب * ووجه قولنا ان العين لا تخرج من ملكه بطريق التجارة الا بعد تمام رضاه وباشتراط الخيار ينعدم رضاه به والسبب بدون الشرط لا يكون عاملا في الحكم كاليمين بالطلاق فانه سبب لوقوع الطلاق عند وجود الشرط فاما لم يوجد الشرط لا يثبت الحكم به وعند وجود الشرط لا يتبين أن الحكم كان ثابتا قبله كما في حكم الطلاق وهذا معنى ما يقول أن البيع بشرط الخيار في حق الحكم كالمعلق بسقوط الخيار وانما ثبت بقيقة الملك عند سقوط الخيار ولهذا لو كان المشتري أعتقه قبل ذلك لم ينفذ عتقه الا أن السبب المنعقد في الاصل يسرى الى الزوائد المتصلة والمنفصلة لكونها محلا له فعند وجود الشرط كما يثبت الحكم في الأصل يثبت في الزوائد وأما البذل الذي من جانب الآخر على قول أبي حنيفة رضي الله عنه يخرج في ملكه ولا يدخل في ملك المشروط له الخيار وعندهما يدخل في ملك المشروط له الخيار لان البيع لازم في جانب من الخيار له فيتوفر على البذل الذي في جانبه حكم البيع اللازم وهو الانتقال من ملك أحدهما الى ملك الآخر ولهذا خرج من ملكه ولو لم يدخل في ملك صاحبه بقي مملوكا بلا مالك وذلك لا يجوز وليس من حكم العقد الخروج عن الملك من غير دخول في ملك الغير * والدليل عليه ان المبيع اذا كان دارا والخيار للمشتري فبيعت دار بحجب هذه الدار كان له حق الشفعة ولو لم يصير ماله ماله لما استحق بها الشفعة كخيار السكنى وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول من شرط الخيار لنفسه فقد استثنى الرضا فيما هو حكم العقد ودخول بدل صاحبه في ملكه من حكم العقد كما أن خروج البذل الذي من جانبه عن ملكه من حكم العقد فاذا لم يثبت أحدهما لانعدام الشرط . فكذلك الآخر لمعنيين (أحدهما انه لو دخل العوض في ملكه بحكم العقد ولم يخرج العوض عن ملكه اجتمع البدلان في ملك رجل واحد بحكم المعاوضة مع كونها محل النقل وذلك لا يجوز) (الثاني) انه لو دخل في ملكه من غير أن يخرج

البذل الآخر عن ملكه كان مالكا بغير عوض وليس هذا بموجب البيع ان ثبت الملك به
 بغير عوض واذا ثبت الملك له بغير عوض فلا يجوز أن يجب عليه العوض بعد ذلك
 اذن يكون ذلك عوضا يلزمه عن ملك نفسه * فالخاصل انهما بيننا مذهبهما على اعتبار حال
 البذل وأبو حنيفة رضى الله عنه بنى مذهبه على اعتبار حال العاقد وأن الذى شرط الخيار لما
 استثنى الرضا لم يثبت حكم العقد أصلا في حقه لافي البذل الذى من جانبه ولا في البذل
 الذى من جانب صاحبه واعتبار هذا الجانب أولي لما قررنا ووجوب الشفعة للمشتري بها
 لانه صار أحق بها تصرفا لانه ملكها بمنزلة العبد المأذون اذا بيعت دار بجانب داره يجب
 له الشفعة لهذا المعنى ولهذا لو أعتقه المشتري نفذ عتقه لانه صار أحق بالتصرف فيه واقدامه
 على الاعتراف اسقاط منه خياره * ويتفرع على الأصل الذى بينا مسائل منها أن من اشترى قربة
 على أنه بالخيار ثبت خياره عند أبي حنيفة رضى الله عنه ولم يعتق عليه لانه لم يملكه وعندهما
 عتق عليه لانه قد ملكه ولا خيار له فيه وكذلك لو قال ان ملكك هذا العبد فهو حر
 فاشتراه على أنه بالخيار بخلاف ما اذا قال ان اشتريته فهو حر لان عند وجود الشرط يصير
 كالملشئ، للعتق فاذا كان الشرط هو الشراء يجعل بعد الشراء كأنه أعتقه فلهذا يعتق عندهم
 جميعا وعلى هذا لو اشترى زوجته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبي حنيفة
 ولو وطئها في المدة كان الوطء بحكم النكاح ولا يمنع من ردها بخياره . وعندهما يفسد
 النكاح ولو وطئها في المدة لم يكن له أن يردّها بحكم خياره . ومنها أن المسلم اذا اشترى
 عصيرا على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه فتخمر في يده فعلى قولهما يسقط خياره لانه قد صار
 مالكا فلا يتمكن من رده بعد التخمر وعند أبي حنيفة رضى الله عنه لم يكن مالكا فيفسد
 البيع بالتخمر لانه لو لم يفسد البيع لكان متملكا باسقاط الخيار بعد ما تخمر . وذلك لا يجوز
 وقيل في هذا الموضع تغير المين من صفة الى صفة في ضمان المشتري فينبى أن يسقط
 الخيار عندهم جميعا وانما هذا للاختلاف في ذمى اشترى من ذمى خرا على ان المشتري
 بالخيار وقبضها ثم أسلم . فعندهما يسقط خياره لانه كان مالكا فلا يردّها بعد اسلامه . وعند
 أبي حنيفة يبطل البيع لانه لم يكن مالكا ولو لم يبطل البيع يملكها عند اسقاط الخيار بحكم
 العقد بعد اسلامه وذلك لا يجوز . ومنها ان من اشترى جارية على أنه بالخيار وقبضها ثم
 ردها بحكم الخيار فعند أبي حنيفة رضى الله عنه لا يجب على البائع استبراء جديد لانه لم

يدخل في ملك غيره عنده وعندهما يجب ولو حاضرت عند المشتري في مدة الخيار ثم أسقط خياره عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يجزى بتلك الحيضة من الاستبراء وعندهما يجزى بها ومنها العبد المأذون إذا اشترى عبداً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فأبرأه البائع من الثمن ثم أراد رده بخياره فله ذلك عند أبي حنيفة لأنه لم يكن مالكا له فهو بالرد يمتنع من تملكه . وعندهما كان مالكا فلو رده بعد ما أبرأه عن الثمن يخرج العبد عن ملكه بغير عوض والعبد المأذون لا يملك ذلك . قال (نصراني اشترى من نصراني خمرأ فلم يقبضها حتى أسلم أحدهما إما البائع أو المشتري فلا بيع بينهما) استحسانا وفي القياس يبقى البيع بينهما صحيحا لأن المشتري ملك الخمر بنفس العقد والاسلام لا يمنعه من قبضها * ألا ترى أنه لو كانت خمرأ منصوبة له في يد غيره كان له أن يقبضها بعد الاسلام فكذلك في البيع * وجه الاستحسان ان الاسلام يمنع القبض هنا لان هذا القبض مشابه بالعقد من حيث أنه يتأكد به ملك العين ويستفاد به ملك التصرف فكما ان الاسلام من أحدهما يمنع ابتداء العقد على الخمر فكذلك يمنع القبض بحكم العقد وفوات القبض المستحق بالعقد مبطل للعقد بوضحه ان الطارئ بعد العقد قبل القبض من الزوائد يجعل كالموجود عند العقد حكما . فكذلك الطارئ من اسلام أحدهما يجعل كالموجود عند العقد . وكذلك انسلم في الخمر يمين اذا أسلم نصراني الى نصراني في خمر يجوز فان أسلم أحدهما قبل قبض الخمر فهو على هذا القياس والاستحسان وعن أبي يوسف أنه (قال) في السلم أخذ بالاستحسان وفي مبيع العين أخذنا بالقياس لان القبض بحكم السلم يوجب الملك في غير المقبوض وهو نظير العقد في أن اسلام أحد المتعاقدين يمنع العقد على الخمر فأما في بيع العين القبض ناقل للضمان وليس بموجب ملك العين فهو بمنزلة استرداد المنصوب . قال (وان كان المشتري قبض الخمر ولم يرد الثمن حتى أسلما أو أسلم أحدهما فالبيع ماض والثمن عليه) لان حكم العقد ينتهي في الحرام بالقبض والاسلام الطارئ لا يؤثر في المنع من قبض الثمن * يقرره أن الاسلام اذا طرأ فإنه يلاقي الحرمة القائمة بالرد والماضية بالعفو كنزول آية الربا على مانص الله تعالى عليه بقوله (وذروا ما بقى من الربا) أي ما بقى غير مقبوض فعرنا أن الاسلام المحرم اذا طرأ لا يتعرض للمقبوض . قال (واذا اشترى الرجل عبدين بالف درهم علي ان أحدهما له لازم وهو في الآخر بالخيار فهو فاسد) لان الذي لزمه العقد فيه منهما مجهول والزام العقد في المجهول لا يجوز . وكذلك نسمى لكل واحد منهما ثمتا فان لم

يبين الذي لزمه العقد فيه منهما فهذا فاسد أيضاً لما قلنا وان بين ذلك فينشد يجوز لان الذي لزمه العقد فيه معلوم وثمنه مسمى معلوم والذي له الخيار فيه معلوم فكان العقد كان في صفتين متفرقتين فان اشترى أحدهما بعينه في صفقة واحدة علي انه بالخيار فيه والاخر في صفقة من غير خيار ولو لم يكن الذي لزمه العقد فيه معيماً وقبضهما وماتا في يده فهو ضامن لقيمتها لانه قبضهما بحكم الشراء الفاسد فكل واحد منهما يكون مضمونا عليه بالقيمة والله أعلم بالصواب

— باب الخيار بغير الشرط —

قال رحمه الله واذا اشترى الرجل جراب هروى أو زيتا في زق أو حطة في جوالق فلم ير شيئا من ذلك فهو بالخيار اذا رآه عندناو (قال) الشافعي رحمه الله ان لم يكن جنس المبيع معلوما للمشتري فالعقد باطل قولاً واحداً وان كان جنس المبيع معلوما فله فيه قولان احتج في ذلك بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر والغرر ما يكون مستورا لعاقبة وذلك وجود فيما لم يره ونهي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان والمراد ما ليس بحاضر مرئيا للمشتري لاجماعنا على ان المشتري اذا كان رآه فالعقد جائز وان لم يكن حاضراً عند العقد لانه لم يعرف من المعقود عليه الا الاسم فلا يجوز البيع كما لو قال بعت منك عبداً ولم يشر اليه ولا الى مكانه ومعنى هذا الكلام ان جميع أوصاف المعقود عليه مجهولة وطريق معرفتها الرؤية دون الخبر * ألا ترى أن العقد لا يلزم قبل الرؤية مع سلامة المعقود عليه والرضا بلزومه ولو كان الوصف طريقاً للاعلام هنا لكان العقد يلزم باعتباره * يوضحه ان المقصود هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوما الا بالرؤية فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية في افساد العقد كبيع الآبق فان المالية في الآبق قائمة حقيقة ولكن لا يتوصل اليه للبعد عن اليد فيجمل ذلك كفوات المالية في المنع من جواز البيع ولهذا لا يجوز بيع الجنين في البطن وبيع اللبن في الضرع ولان البيع نوعان بيع عين وبيع دين وطريق معرفة المبيع فيما هو دين الوصف يعني المسلم فيه وفي ما هو عين المشاهدة ثم ما هو الطريقة لمعرفة المعقود عليه في بيع الدين وهو الوصف اذا تراخى عن حالة العقد لم يجز العقد فكذلك ما هو الطريق للمعرفة في بيع العين وهو الرؤية

إذا تأخر عن حالة العقد لا يجوز العقد. وحجتنا في ذلك ما روى في المشاهير أن النبي صلى الله عليه وسلم (قال) من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه والهاء في قوله لم يره كناية فينصرف إلى المكتنى السابق وهو الشيء المشتري والمراد خيار لا يثبت إلا بعد تقدم الشراء وذلك الخيار بين فسخ العقد والزامه دون خيار الشراء ابتداء وتصريحه بآثار هذا الخيار له تنصيص على جواز شرائه وهذا الحديث رواه عبد الله بن عباس رضي الله تعالى عنهما وعطاء والحسن البصري وسلمة بن الجبير رحمهم الله تعالى مرسل عن النبي صلى الله عليه وسلم لشهرته والمعنى فيه أن المبيع معلوم انعين مقدور التسليم فيجوز بيعه كالمرئى وبيان الوصف أنه مشار إلى عينه فإن الخلاف في جارية قائمة بين يديه مبيعة فلا شك أن عينها معلومة بالاشارة إليها. وكذلك أن أشار إلى مكانها وليس في ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها جارية وكونها مملوكة فلا طريق إلى معرفة ذلك الأخير التابع له فانها وان رفعت النقاب لا يعلم ذلك إلا بقول البائع وقد أخبرته وهذا لأن خبر الواحد في المعاملات يوجب العلم من حيث الظاهر ولهذا من علم شيئاً مملوكاً لانسان ثم رآه في يد غيره يبيعه ويزعم أنه اشتراه من الأول أو أنه وكله يبيعه جازله أن يشتري منه بناء على خبره فانما نفي تقدم رؤيته وجهها الجهل بصفات الوجه وجواز العقد وفساده لا ينبغي على ذلك لأن الجهل ببعض أوصافها لا يكون أكثر تأثيراً من فوات بعض الأوصاف بأن كانت محترقة الوجه أو معيبة بعيب آخر وذلك لا يمنع جواز العقد وإن كان يمنع لزوم العقد فكذلك الجهل ببعض الأوصاف * ألا ترى أن عدم المعقود عليه يمنع العقد والجهل بالمعقود عليه في بعض المواضع لا يمنع العقد وهو أنه إذا باع قفيزاً من الصبرة فإن عين المعقود عليه مجهول وجاز العقد فدل أن تأثير عدم فوق تأثير الجهل * يوضحه أن الجهالة إنما تفسد العقد إذا كانت تقضى إلى المنازعة كما في شاة من القطيع فاما إذا لم تقض إلى المنازعة لا تفسد البيع كبيع القفيز من الصبرة وجهالة الأوصاف بسبب عدم الرؤية لا تقضى إلى المنازعة بعدما صار معلوم العين وإنما تأثير هذه الجهالة في انعدام تمام الرضا به وذلك شرط انبرام العقد لا شرط جوازه * ألا ترى أن البيع يجوز مع خيار الشرط ولا يلزم لانعدام تمام الرضا. وكذلك في العيب إلا أن هناك السبب المانع من تمام الرضا شرط الخيار منه وهو محتمل للاسقاط فإذا أسقطه تم الرضا في العيب والسبب بثبوت الحق المطالبة بالجزء الفائت وهو محتمل

للاسقاط فاذا أسقطه تم الرضاء به وهنا السبب هو الجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك لا ينعدم الا بالرؤية فلماذا لا يسقط خياره وان أسقطه قبل الرؤية * والدليل عليه ان جهالة العين كما تمنع جواز البيع تمنع جواز النكاح حتى لو . قال زوجتك احدي ابنتي أو زوجتك احدي أمتي لم يصح النكاح ثم عدم الرؤية لا تمنع صحة النكاح فعرفنا أنه لا يوجب جهالة العين الا ان في النكاح العقد يلزم لان لزومه لا يمتد تمام الرضاء ولهذا لزم مع اشتراط الخيار والعيب بخلاف البيع وعليه نقيس لملة ان هذا عقد معاوضة فعدم رؤية المعقود عليه لا تمنع جوازه كالنكاح ولأنه ليس في هذا أكثر من ان ماهو المقصود بالعقد مستتر بغيره وهذا لا يمنع جواز الشراء كما اذا اشترى جوزاً أو بيضاً أو انتري قفاعة في كوز يجوز فالمقصود بالعقد مستتر بغيره * يوضحه أن الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع اللوز الرطب والجوز الرطب في قشرين ويجوز بيع اليابس منهما لانه في قشر واحد وفي الوجهين المقصود ، هو اللب دون القشر وهو مستتر بما ليس بمقصود وهذا بخلاف السلم لان جهالة انوصف هناك تفضي الى المنازعة المانعة من التسليم ولان العقد يرد على الاوصاف في باب السلم فان الدين وصف في الذمة والبدل بمقابلتها فاذا لم يذ كر عند العقد لم يجز العقد لانعدام المعقود عليه وبيع الآبق انما لا يجوز للعجز عن التسليم لانعدام المالية ولم هذا جوزنا هبته من ابنه الصغير . وبيعه ممن في يده . وبيع الجنين في البطن انما لا يجوز لانعدام المالية فيه مقصودا فانه في البطن جزء من أجزاء الام * ألا ترى انه لا يمتثل التزويج مقصودا . فكذلك البيع بخلاف ما نحن فيه وتأويل النهي عن بيع ما ليس عند الانسان بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه (قال) يارسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فاستحدثها فاستجيدها فاشتريها فأسلمها اليه (فقال) صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك والنهي عن بيع الفرر ينصرف الى ما لا يكون معلوم العين اذا عرفنا هذا فنقول هنا فصلان . (أحدهما) البائع اذا لم ير المبيع قط بأن ورث شيئاً فباعه قبل الرؤية فالباع جائز عندنا . وكان أبو حنيفة رضي الله عنه أولاً يقول له الخيار ثم رجع و(قال) لا خيار له و(قال) الشافعي لا يجوز بيعه قولاً واحداً والدليل على جوازه ما روى ان عثمان بن عفان رضي الله تعالى عنه باع أرضاً كانت له بالبصرة من طلحة رضي الله تعالى عنه فقيل لطلحة انك قد عينت (فقال)

الخيار الى لاني اشترت مالم أره فذكر ذلك لثمان رضي الله تعالى عنه فقال لي الخيار لاني بعت مالم أره فكما جبير بن مطعم رضي الله تعالى عنه في ذلك ففرضي بالخيار لطلحة رضي الله تعالى عنه فقد اتفقوا على جواز الشرط ولهذا رجع أبو حنيفة حين بلغه الحديث و (قال) لا خيار للبائع وهذا لان تمام رضاه باعتبار علمه بما يدخل في ملكه لا بما يخرج عن ملكه والمبيع يخرج عن ملك البائع وانما يدخل في ملكه الثمن وهو طريق اعلامه التسمية دون الرؤية . فاما اذا كان البائع قد رأى المعقود عليه ولم يره المشتري فهو على الخلاف الذي قلنا وبه - العقد قبل الرؤية لا يشتري أن يفسخ العقد لان تمكنه من الفسخ باعتبار أن العقد غير لازم ومالم يتم الرضا به لا يكون العقد لازما فكان له أن يفسخ العقد قبل الرؤية وليس له أن يلزم العقد قبل الرؤية لان اللزوم يعتمد تمام الرضا وانما يتم رضاه اذا علم بالاوصاف التي هي مقصوده وانما يصير ذلك معلوما بالرؤية وهذا بخلاف خيار العيب فان العلم بالاوصاف قبل رؤية موضع العيب يثبت على الوجه الذي اقتضاه العقد وهو صفة السلامة فانما يثبت خيار العيب لثبوت حق المطالبة له بتسليم الجزء الفاتت وذلك يحتمل الا - قاط فلهذا صح الابرار قبل رؤية العيب . يوضحه أن في الرضا قبل الرؤية هنا ابطال حكم ثبت بالنص وهو الخيار للمشتري عند رؤية المعقود عليه لانه يراه بعد ذلك ولا خيار له وليس له في الفسخ ابطال حكم ثابت بالنص لانه يوجد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد أثبت الشرع الخيار عند رؤية المعقود عليه بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان الفسخ خرج من أن يكون معقودا عليه فلا يوجد بعد ذلك رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار ثم يشترط لاسقاط الخيار هنا الرؤية التي توجب اعلام ماهو المقصود وذلك في بني آدم برؤية الوجه وفي الدواب برؤية وجهها وكفها ومؤخرها فيما يروى عن أبي يوسف وفي الغنم يحتاج مع ذلك الى الجنس وفيما يكون المقصود منه اللبن يحتاج الى رؤية الضرع وفيما يعلم بالذوق والشم يحتاج الى ذلك أيضا لان العلم بما هو المقصود انما يحصل به فلا يسقط خياره مالم يرض بعد العلم بما هو المقصود صريحا أو دلالة وليس للخيار في هذا وقت . لان الحديث ورد بخيار مطلق للمشتري فالتوقيت فيه زيادة على النص ولان هذا في معنى خيار العيب وذلك لا يتوقت إلا أن خيار العيب يجوز الصلح عنه على مال . بخلاف خيار الرؤية لان الحق هناك في الجزء الفاتت والاصطلاح يكون على رد حصة الجزء الفاتت من الثمن ولهذا لو تعذر

الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهنا الخيار للجهل بأوصاف المعقود عليه وذلك ليس بمال فلا يجوز الصلح عنه على مال كخيار الشرط . ولهذا قلنا ان خيار العيب يورث . . لان الوارث يقوم مقام المورث فيما هو مال وخيار الرؤية لا يورث كخيار الشرط . قال (فان رأى بعض الثياب فهو فيما بقي منها بالخيار) لان الثياب تتفاوت فلا يستدل برؤية بعضها على رؤية البعض واذا أراد الرد فليس له أن يرد ما لم يره خاصة ولكن يرد الكل أو يمسك الكل لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة كخيار الشرط فان كل واحد منهما يمنع اللزوم لعدم تمام الرضا فكما ان من له خيار الشرط لا يتمكن من تفريق الصفقة قبل التمام بلزوم العمد . فكذلك من له خيار الرؤية ويستوى في ذلك ما قبل القبض وما بعد القبض لان الصفقة انما تتم بالقبض باعتبار تمام الرضا ولا يكون ذلك قبل الرؤية بخلاف خيار العيب فهناك الصفقة تتم بالقبض تمام الرضا به على ما هو مقتضى العقد وهو صفة السلامة . قال (ولو تعذر رد البعض الهالك في يد المشتري قبل الرؤية فليس له أن يرد ما بقي) لانه تعذر عليه رد الهالك وليس له أن يفرق الصفقة في الرد قبل التمام فن ضرورة تعذر الرد في الهالك تعذر الرد فيما بقي الا في رواية عن أبي يوسف (قال) له أن يرد ما بقي لانه لو صرح بالزام العقد قبل الرؤية لم يسقط خياره فهلاك البعض أولي أن لا يسقط خياره فيما بقي ولكنه قبل الهلاك باختياره رد البعض هو فاسد للأضرار بالبائع فيرد عليه قصده . وذلك لا يوجد بعد الهلاك فيتمكن من رد ما بقي وكذلك كل حيوان أو عرض . فأما السمن والزيت والحنطة فلا خيار له اذا اشتراها بعد رؤية بعضها لان المكيل أو الموزون من جنس واحد لا يتفاوت فبرؤية البعض . تصير صفقة ما بقي منه معلوما والاصل ان كل ما يعرض بالنموذج فروية جزء منه يكفي لاسقاط الخيار فيه وما لا يعرض بالنموذج فلا بد من رؤية كل واحد منهما لاسقاط الخيار وفيما يعرض بالنموذج انما يلزم العقد اذا كان ما لم يره مثل مارآه أو أجود مما رأى . فان كان أدنى مما رأى فله الخيار لانه انما رضي بالصفة التي رأى فاذا تغير لم يتم الرضا به وان اختلفا . فقال المشتري قد تغير . قال البائع لم يتغير فالقول قول البائع مع يمينه وعلى المشتري البينة لان دعواه التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية جزء من المعقود عليه بمنزلة دعوى العيب في المشتري ولو ادعى عيبا بالمبيع فعليه أن يثبت ذلك بالبينة والقول قول البائع مع يمينه ان لم يكن له بينة فهذا مثله . قال (واذا رأى متاعا مطويا ولم يقسه ولم ينشر ، فاشتراه على ذلك فلا خيار له) لان في الثوب الواحد يستدل

برؤية طرف منه علي ما بقى فلا تتفاوت أطراف الثوب الواحد الايسيرا وذلك غير معتبر
ولان رؤية كل جزء منه يتمذر . قالوا وهذا اذا لم يكن في طي الثوب ما هو المقصود فان
كان في طي الثوب ما هو مقصود كالعلم لم يسقط خياره ما لم يرد ذلك الموضع يعنى موضع العلم
لان المالمية تتفاوت بجنسه وهو نظير النظر الي وجه الآدمي فانه وان رأى سائر المواضع من
جسده لا يسقط خياره ما لم ير وجهه . قال (ولو كان رآه قبل الشراء ثم اشتراه فلا خيار له
الا أن يكون قد تغير عن الحال الذي رآه عليه وان ادعى المشتري التغير فالحول قول البائع مع
يمينه) لانكاره وعلى المشتري اليينة وهذا اذا كانت المدة قريبة يعلم انه لا يتغير في مثل تلك
المدة فاما اذا تطاولت المدة فالحول قول المشتري . أرايت لو كانت جارية شابة ثم اشتراها بعد
عشرين سنة فزعم البائع انها لم تتغيرا كان يصدق علي ذلك فهذا مما يعرفه كل عاقل فالظاهر
يشهد فيه للمشتري فالحول قوله . قال (واذا اشترى شيئا ثم أرسل رسولا يقبضه فهو بالخيار
اذا رآه ورؤية الرسول وقبضه لا يلزمه المتاع) لان المقصود علم العاقد بأوصاف المعتقد عليه
ليتم رضاه وذلك لا يحصل برؤية الرسول فاكثر ما فيه ان قبض رسوله كقبضه بنفسه ولو قبض
بنفسه قبل الرؤية كان بالخيار اذا رآه فكذلك اذا أرسل رسولا يقبضه له فلما ذاوله وكذا يقبضه
فراة الوكيل وقبضه لم يكن للموكل فيه خيار بعد ذلك في قول أبي حنيفة رضي الله عنه و(قال)
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له لخيار اذا رآه لان القبض فعل والرسول والوكيل فيه سواء
وكل واحد منهما مأثور باحراز العين والحمل اليه والنقل الى ضمانه بفعله ثم خياره لا يسقط برؤية
الرسول . فكذلك برؤية الوكيل وكيف يسقط خياره برؤيته وهو لو أسقط الخيار نصا لم يصح
ذلك منه لانه لم يوكله به . فكذلك اذا قبض بعد الرؤية وقاسا بخيار الشرط والعيب فانه لا يسقط
بقبض الوكيل ورضاه به . فكذلك خيار الرؤية وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول التوكيل بمطلق
القبض يثبت للوكيل ولانه إتمام القبض كالتوكيل بمطلق العقد يثبت للوكيل ولان إتمامه
وتمام القبض لا يكون الا بعد تمام الصفقة والصفقة لا تتم مع بقاء خيار الرؤية فيضمن التوكيل
بالقبض أنابة الوكيل مناب نفسه في الرؤية المسقطه لخياره بخلاف الرسول فان الرسول ليس
اليه الا تبليغ الرسالة فأما إتمام ما أرسل به ليس اليه كالرسول بالعقد ليس اليه من القبض
والتسليم شيء والدليل على الفرق بين الوكالة والرسالة ان الله تعالى أثبت صفة الرسالة لنبيه صلى
الله عليه وسلم وبقى الوكالة بقوله تعالى (قل لست عليكم بوكيل) وهذا بخلاف خيار العيب

فان بقاءه لا يمنع تمام الصفقة والقبض ولهذا ملك بعد القبض رد المبيع خاصة * يوضحه ان خيار المبيع لثبوت حق المطالبة بتسليم الجزء الفائت وذلك للموكل والوكيل لا يملك اسقاطه لانه فوض اليه الاستيفاء دون الاسقاط فأما خيار الشرط فقد منعه بعض أصحابنا رحمهم الله والاصح هو التسليم والفرق بينهما أنا نجعل في الموضعين فعل الوكيل كفعل الموكل والموكل لو قبض بنفسه بعد الروية سقط به خياره . فكذلك قبض الوكيل ولم يسقط خيار الشرط بقبض الوكيل بحال وهذا لان من شرط الخيار استثنى رضاه نصا فلا بد لسقوط خياره من اسقاطه أو اسقاط نائبه والوكيل ليس بنائب عنه في اسقاط حصته الذي استثناء لنفسه أو يقول سقوط خيار الروية من حقوق العقد لان الروية تكون عند القبض عادة والوكيل بالشيء فيما هو من حقوقه كالمباشر لنفسه بمنزلة الوكيل بالعقد بخلاف خيار الشرط فاسقاطه لا يكون عند القبض والروية بل بالتأمل فيه بعمدة بعيدة ولان الوكيل بقبض المبيع بمنزلة الوكيل بالعقد لان القبض مشابه بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ثم روية الوكيل بالعقد تجعل كروية الموكل . فكذلك روية الوكيل بالقبض بخلاف خيار العيب فضاء الوكيل بالعيب لا يكون ملزما للموكل . ألا ترى انه بعد الشراء لو وجد بالمبيع عيبا فرضي به الوكيل وأبى الموكل أن يرضى به فله أن لا يرضى بخلاف خيار الشرط فالوكيل بالعقد لا يملك اسقاط خيار الشرط الذي استثناء الا مر لنفسه نحو ما اذا أمره بأن يشترط له الخيار . فكذلك الوكيل بالقبض لا يملك اسقاطه . قال (واذا اشترى عدل رضى لم يره ثم باع منه ثوبا ثم نظر الى ما بقي فلم يرض به لم يكن له أن يرده الا من عيب يجده فيه) لانه تذكر الرد فيما باع وايس له أن يفرق الصفقة في الرد بخيار الروية فاذا عاد الى ملك البائع ما باع بسبب فهو فسخ من كل وجه فله أن يرد الكل بخيار الروية لزوال المانع الا في رواية على بن الجعد رحمه الله عن أبي يوسف انه يقول خيار الروية كخيار الشرط فلا يعود بعد ما سقط وان عاد الى قديم ملكه وان كان باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الروية فهو دليل الرضا منه فيسقط خياره وان كان قبل الروية فهو على خياره لانه لم يتعد عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لأسقطنا بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الروية ولو صرح بذلك لم يسقط خياره قبل الروية . فكذلك اذا باعه على أنه بالخيار فان كان بعد الروية فهو دليل الرضى منه فسقط خياره وان كان قبل الروية

فهو علي خياره لان لم يتعذر عليه رد الكل بما أحدث من التصرف فلو أسقطنا خياره لاسطقنا
 بايجابه البيع في الثوب وذلك لا يكون أقوى من تصريحه باسقاط خيار الروثة. ولو صرح بذلك
 لم يسقط خياره قبل الروثة. فكذلك اذا باعه علي انه بالخيار. وكذلك لو قطع ثوبا منه وألبسه
 حتى تغير فقد تعذر عليه رد هذا الثوب كما قبضه وليس له أن يرد ما بقي لما فيه من تفريق الصفقة
 قبل التمام. قال (واذا اشترى عدل رطلين بثلثين واحد أو كل ثوب بعشرة أو كرخطة أو
 خادمين فحدث في شيء من ذلك عيب قبل أن يقبضه أو كان العيب فيه فلم به فليس له إلا أن
 يردده كله أو يأخذه كله) لما في رد البعض من تفريق الصفقة قبل التمام ولان الرد بالعيب قبل
 القبض بمنزلة الرد بخيار الشرط. وخيار الروثة ولهذا ينفرد الراد به من غير قضاء ولا رضا
 وهذا لانه لا حصة من الثمن قبل القبض فهو مجرد خيار يثبت له ليدفع به الضرر عن نفسه
 لا حصة للجزء الفات من الثمن قبل القبض لانه وصف فلا يمكن من الحاق الضرر بالبائع
 في تفريق الصفقة عليه ولكن يرد الكل أو يمسك الكل والحادث من العيب قبل القبض
 كما لوجود عند العقد لان المبيع في ضمان البائع ولو هلك كان هلاكه علي البائع. فكذلك اذا
 فات جزء منه ولان الزيادة التي تحدث في العين قبل القبض لما جعلت في حكم الموجود
 عند العقد. فكذلك النقصان الحادث في العين قبل القبض. وكذلك لو قبض احدهما دون
 الآخر لان تمام الصفقة تعلق بالقبض فلا يثبت الا بمد قبض الجميع كسقوط حق البائع في
 الجنس لما تعلق بوصول الثمن اليه فالمد قبض جميع الثمن بقي حقه في الجنس فيستوي في ظاهر الرواية
 ان وجد العيب بالمقبوض فله أن يردده خاصة وان وجد بالذي لم يقبض فليس له إلا أن يرددهما
 لانه يجعل في حكم ما وجد به العيب كان الآخر بصفته وأما اذا علم بالعيب بعد ما قبضهما فله أن
 يرد المبيع خاصة وقد لزمه البيع في الآخر بحصته من الثمن الاعلي قول زفر فانه يقول يرددهما
 ان شاء لان ضم الجسد الى الرديء عادة ظاهرة في البيع فلو رد الرديء بالعيب خاصة
 تضرر به البائع فلدفع الضرر عنه اما أن يرددهما أو يمسكهما كما في الرد بخيار الشرط والروثة
 ولكننا نقول حق المشتري بمد القبض في المطالبة بتسليم الجزء الفات ولا جله يتمكن من الرد
 ولهذا اذا تعذر الرد رجع بحصة العيب من الثمن وهذا المعنى تقتصر علي العيب فلا يتعدى
 حكم الرد الى محل آخر وهذا لان الصفقة تتم بالقبض لوجود تمام الرضا من المشتري عند
 صفة السلامة كما أوجبه العقد وبه فارق خيار الشرط والروثة فالمانع من تمام الصفقة هناك

عدم الرضا للجهل بأوصاف العقود عليه أو بشرط الخيار وهذا باق وفي رد أحدهما تفريق
الصفقة قبل التمام فلهذا لا يتمكن منه. وأما ما كان من مكيل أو موزون من ضرب واحد
فليس له إلا أن يرد كله أو يمسك كله لأن الكل في الحكم واحد * ألا ترى أن الكل تسمى
باسم واحد وهو الكر فالشيء الواحد لا يرد بعضه باليب دون البعض * يوضحه أنه إذا ميز
المعيب ازداد عيبه فالمعيب من الخنطة عند الاختلاط بما ليس بمعيب لا يتبين فيه من العيب
ما يتبين إذا ميز عما ليس بمعيب والمشتري لا يتمكن من الرد بعيب أكثر مما خرج من
ضمان البائع وبعض المتأخرين رحمهم الله تعالى يقولون هذا إذا كان الكل في وعاء واحد فاما
إذا كان في وعائين فوجد ما في أحد الوعائين معيبا فله أن يرد ذلك بالمعيب ان شاء بمنزلة
التوين والجنسين كالخنطة والشمير لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع والظاهر
في الجنس الواحد بصفة واحدة أنه كشيء واحد سواء كان في وعاء واحد أو في وعائين
فاما أن يرد الكل أو يمسك الكل . قال (واذا اشترى ثوبين أو عبيدين بثمان واحد وقبضهما ثم
استحق أحدهما فالآخر له لازم لأن الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة بالقبض فان العقد
حق العاقد فتمامه يستدعي تمام الرضا من العاقد به وبالأستحقاق ينعدم رضا المالك لا رضا
العاقد ولهذا قلنا في الصرف ورأس مال السلم لو أجاز المستحق بعد ما افتراق يتي العقد صحيحا
فاذا عرفنا تمام الصفقة بالقبض قلنا يرجع بثمان المستحق لأن ذلك لم يسلم له والبيع لازم له في
الآخر لأنه سلم واستحقاق أحدهما لا يمكن نقصانا في الآخر وان استحق أحدهما قبل
القبض فله الخيار في الآخر ليفرق الصفقة عليه قبل التمام وكذلك لو قبض أحدهما ولم يقبض
الآخر حتى استحق المقبوض أو لذي لم يقبض فله الخيار في الباقي لما بينا أن تمام الصفقة يقبض
جميع ما يتناول العقد فباقي شيء منه غير مقبوض لا تكون الصفقة تامة ولو كان ثوب واحد
أو عبد أو شيء مما لا يتبعض فاستحق بعضه قبل القبض أو بعده فله أن يرد ما بقي بعيب
الشركة فالتجار يعدون الشركة فيما يضره التبعض عيبا فاحشاه . قال (واذا اشترى شيئا بمالك
أو يوزن فاستحق بعضه قبل القبض أو وجده ناقصا فله أن يترك ما بقي) لتفرق الصفقة عليه
قبل التمام وان استحق البعض بعد القبض فلا خيار له فيما بقي لأن هذا لا يضره التبعض
وباستحقاق البعض لا يتعيب ما بقي وقد تمت الصفقة بالقبض . قال (ولو اشترى دارا فنظر الي
ظاهرها خارجا منها ولم يدخلها فليس له أن يردها إلا بعيب) عندنا و(قال) زفر له أن يردها

وقيل هذا الجواب بناء على دورهم بالكوفة فانها تختلف بالسمة والضيق وفيما وراء ذلك يكون بصفة واحدة وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج . فاما في ديارنا مالية الدور تختلف بقلة المرافق وكثرتها وذلك لا يصير معلوما الا بالنظر اليها . من داخل فالجواب على ما (قال) زفر . ومن حقق الخلاف في المسئلة فحجة زفر هنا الذي ذكرنا الجواب . وحجتنا ان النظر الى كل جزء من أجزائها متعذر فانه يتمذر عليه أو ينظر الى ماتحت السور والى ما بين الحيطان من الجذوع والاسطوانات واذا سقط شرط روية الكل للتعذر أقننا روية جزء منها مقام روية الجميع تيسيراً . قال (والاعمى في كل ما اشترى اذا لم يقب ولم يحس بالخيار) فاذا قلب أو جس فهو بمنزلة النظر من الصحيح ولا خيار له الا أن يجده عيبا والكلام في فصول (أحدها) جواز العقد عندنا من الاعمي فيما كان أو شراء (قال) الشافعي رحمه الله ان كان بصيرا فعلى . فكذلك الجواب وان كان أكمه فلا يجوز بيعه وشراؤه أصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفتها وهذا غلط منه فالتناس تعارفوا معاملة العميان من غير تكبر منكر وتعامل الناس من غير تكبر . نكر أصل في الشرع ثم من أصله ان من لا يملك أن يشتري بنفسه لا يملك أن يأمر غيره به فاذا احتاج الأعمى الى ما كوله لا يتمكن من ان يشتري أو يوكل به مات جوعا وفيه من القبح مالا يخفى فاذا ثبت جواز شراؤه (قلنا) ان كان المشتري مما يعرف بالجلس أو الذوق فهو كالبصير في ذلك وان كان مما تعرف صفته بالجلس كما تعرف بالروية فالس فيه كالروية من البصير حتى لو لمسه . وقال رضيته به يسقط خياره ومالا يمكن معرفته كالعقارات فانه يوصف له بابلغ ما يمكن فاذا . قال قد رضيته سقط خياره لان ذكر الوصف يقام مقام الرؤية في موضع من المواضع كما في عقد السلم والمقصود رفع العين عنه وذلك يحصل بذكر الوصف وان كان بالروية أتم وعن أبي يوسف رحمه الله (قال) تعاد الى ذلك الموضع فاذا كن بحيث لو كان بصيرا رأى . فقال قد رضيته سقط خياره وجعل هذا كتحريرك الشفتين من الآخرس فانه يقام مقام عبارة الناطق في التكبير والقراءة لان الممكن ذلك القدر (قال) الحسن ابن زياد يوكل بصيرا بالقبض حتى يرى البصير له فيقبض وهذا أشبه بقول أبي حنيفة قالو كيل بالقبض عنده يجعل في الروية كالموكل وقال بعض ائمة بلخ رحمهم الله يس طان والاشجار فاذا . قال قد رضيته يسقط خياره لان الاعمي اذا كان زكيا يقف على مقصوده في ذلك بالمس (حكى) ان أعمى اشترى أرضا . فقال قيدوني اليها فقادوه فجعل يس الأرض حتى

انتهى الى موضع منها فقال أوضاع كدس هذا فقالوا لا فقال هذا الارض لا تصلح لانها لا
تكسو نفسها فكيف تكسوني فكان كما قال فاذا كان الاعمى بهذه الصفة فرضى بها بعد
ما مسها سقط خياره والله أعلم بالصواب

❦ باب المراجعة ❦

❦ قال رحمه الله وإذا اشترى شيئاً بنسيئة فليس له أن يبيعه مراجعة حتى يتبين أنه اشتراه
بنسيئة (لأن بيع المراجعة بيع أمانة تنفي عنه كل تهمة وجاية ويتحرز فيه من كل كذب وفي
معارض الكلام شبهة فلا يجوز استعمالها في بيع المراجعة ثم الإنسان في العادة يشتري الشيء
بالنسيئة بأكثر مما يشتري بالنقد فاذا أطلق الاخبار بالشراء فانما يفهم السامع من الشراء بالنقد
فكان من هذا الوجه كالتخبر بأكثر مما اشترى به وذلك جناية في بيع المراجعة * يوضحه أن المؤجل
نقص في المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء عند وجود أحد الوصفين للفضل الخالي
عن المقابلة حكماً فاذا باعه وكتّم ذلك فالمشتري بالخيار اذا علم للتدليس الموجود من البائع وهذا
لأن المشتري انما التزم ربها بناء على خبره أنه اشتراه لنفسه بكذا من الثمن فلو علم أنه اشتراه
بالنسيئة لم يرغب في شراؤه بالنقد بذلك القدر من الثمن فضلاً من أن يعطيه على ذلك ربها
فللحاجة الى دفع الضرر اثبتنا له الخيار كما اذا وجد المعقود عليه دون ما شرط البائع فان كان
هذا قد استهلك المبيع فالمبيع له لازم وليس له أن يرد الباقي منه ولا يرجع في شيء من الثمن
لأنه تعذر رده ومجرد الخيار اذا سقط لتعذر الرد بسببه لا يرجع بشيء بمنزلة خيار الروية
والشرط (روى) عن محمد أنه يرد قيمة المبيع ويرجع بالثمن ان شاء وهو صحيح على أصله فانه
جوز فسخ العقد بسبب التحالف على القيمة بعد هلاك السلعة وجعل رد القيمة عند تعذر
رد العين كرد العين فكان ذلك باعتبار معنى في الثمن فهذا مثله والمعنى في الكل تحقق الحاجة
الى دفع الضرر عن المشتري وهذا بخلاف خيار العيب على ظاهر الرواية فالمستحق للمشتري
هناك المطالبة بتسليم الجزء الفائت ولهذا يرجع بحصة العيب من الثمن اذا تعذر الرد وهنا
الثابت له مجرد الخيار والخيار ليس بمال. وكذلك ان استهلك بعضه فليس له أن يرد الباقي
منه لما فيه من تفريق الصفة على البائع ولا يرجع في شيء من الثمن لما قلنا ان المبيع سلم له كما
استحقه بالعقد وان لم يكن الاجل مشروطاً وانما كان متعادداً كما هو الرسم بين الباعة أن

يودى المشتري الثمن منجما في كل أسبوع نجما فقد اختلف مشائخنا رحمهم الله تعالى في هذا الفصل (قال) بعضهم له أن يبيعه مراحمة من غير بيان لأن الثمن حال وبأن ساعحه البائع واستوفي الثمن منه منجما لا يخرج من أن يكون حالا. ومنهم من يقول المعروف كالمشروط بالنص ولو كان الاجل مشروطا لم يكن له أن يبيعه مراحمة من غير بيان. فكذلك اذا كان متعارفا ألا ترى ان الورثة في بعض الاشياء تستحق بالمعرف وتجعل كالمشروط فهذا قياسه. قال (واذا اشترى خادما فاعورت أو ثوبا أو طعاما فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد فله أن يبيعه مراحمة على جميع الثمن من غير بيان) و. قال زفر ليس له ذلك ما لم يبين لأن المشتري لو علم أنه اشتراه غير عيب بما سعى من البذل لم يلتزم له على ذلك رجما ما لم يبين بعد ما تعيب وهذا مذهب الشافعي أيضا بناء على مذهبه ان للأوصاف من الثمن حصة وان التعيب بأفة حماوية وبصنع العباد فيه سواء ولكننا نقول بأن المشتري غير حابس شيئا من المعقود عليه فيكون له ان يبيعه مراحمة كما لو تغير السعر وهذا لان الثابت وصف فيكون تبعا لا يقابله شيء من البذل اذا فات بغير صنع أحد وانما البذل بمقابلة الاصل وهو باق على حاله فيبيعه مراحمة أرايت لو اصفر الثوب أو توسخ أو نكس كان له أن يمنعه من المراحمة وفي نوادر هشام ذكر عن محمد رحمه الله (قال) هذا اذا نقصه العيب شيئا يسيرا فان نقصه العيب قدر ما لا يتغابن الناس فيه لم يبيعه مراحمة. قال (وكذلك ان تعيب بفعل البيع بنفسه) لان ذلك هدرًا وان تعيب بفعل المشتري فلا يس له أن يبيعه مراحمة حتى يتبين لانه حابس لجزء من المبيع بما أحدث فيه من العيب وما يكون يبيعا اذا صار قصودا بالتناول كان له من الثمن حصة كالبائع اذا أتلّف شيئا من أوصاف المعقود عليه يسقط حصته من الثمن بخلاف ما اذا تعيب بغير فعل. وكذلك ان عيبه أجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره فان فعله بأمر المشتري كفعل المشتري بنفسه وبغير أمره جناة موجبة ضمان النقصان عليه فيكون المشتري حابسا بدل جزء من المعقود عليه. وذلك يمنعه من أن يبيعه مراحمة حتى يبين فان باعه ولم يبين كان للمشتري رده اذا علم به وان كان قد استهلك شيئا منه لم يكن له رد الباقي ولا الرجوع بشيء من الثمن فان لم يصبه عيب ولكنه أصاب من علة الدابة أو الدار أو الخادم شيئا فله أن يبيع المشتري مراحمة على ثمنه لان العلة ليست بمتولدة من المين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها ولان العلة بدل المنفعة واستيفاء المنفعة لا تنمعه من بيعها مراحمة وهذا لانه أنفق عليها بازاء ما نال

من المنفعة . قال (واذا ولدت الجارية أو السائنة أو أثمر النخيل فلا بأس ببيع الاصل مع الزيادة
مراجعة) لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه وان نقصتها الولادة فهو نقصان بغير فعل أحد
وبازائه ما يجبره وهو الولد وفي مثل هذا النقصان كان له أن يبيعه مراجعة وان لم يكن بازاء
النقصان ما يجبره فاذا كان بازائه ما يجبره أولى فان استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل
مراجعة حتى يبين ما أصاب من ذلك لان ما استهلك متولد من العين ولو استهلك جزء من عينها
لم يبيعها مراجعة بغير بيان . فكذا اذا استهلك ما تولد من العين . قال (وكذلك البان الغنم واصوافها
وسمنها اذا أصاب من ذلك شيئا فلا يبع الاصل مراجعة حتى يبين ما أصاب منها) لان ما
أصاب في حكم جزء من عينها . وعند الشافعي رحمه الله له أن يبيعها مراجعة بناء على مذهبه
ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الفلة حتى لا يمنع رد الاصل
بالعيب وسيأتي بيانه في باب العيوب ان شاء الله تعالى . قال (فان كان أنفق عليها ما يساوي
ذلك في علفها وما يصلحها فلا بأس بأن يبيعها مراجعة من غير بيان لان حصول الزيادة
باعتبار ما أنفق عليها من ماله والنفق مقابل بالفرم ولان في بيع المراجعة يعتبر عرف التجار
ومن عاداتهم اذا انفقوا بقدر ما أصابوا من الزيادة لا يعدون ذلك خيانة في بيع المراجعة
وان هلكت هذه الزيادة من غير أن ينتفع بها المشتري فله أن يبيعها مراجعة ولا يبين وان
كان قد نقصت الاصول لان النقصان حصل بغير صنع أحد . قال (واذا اشترى متاعا فله أن
يحبس عليه ما أنفق في الفصارة والخياطة والكراء ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا
فانه كذب) وهذا لان عرف التجار معتبر في بيع المراجعة فما جرى العرف بالحاقه برأس المال
يكون له أن يالحقه به ومالا فلا أو يقول ما أثر في المبيع فتزداد به ماليته صورة أو معنى
فله أن يلحق ما أنفق فيه برأس المال والقصارة والخياطة وصف في العين تزداد به المالية
والكراء . كذلك معنا لان مالية ماله حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة فنقله من مكان الى
مكان لا يكون الا بكري ولكنه بعد الحاق ذلك برأس المال لو قال اشتريته بكذا يكون
كذبا فانه ما اشتراه بذلك فاذا قال قام علي بكذا فهو صادق في ذلك لان الشئ انما يقوم
عليه بما يفرم فيه وقد غرم فيه القدر المسمى وان كان في عقود متفرقة ولم يحمل عليه
ما أنفق على نفسه في سفره من طعام ولا كراء ولا مؤنة لانعدام العرف فيه ظاهراً ولان

بما أنفق على نفسه لا ترداد مالية البيع صورة ولا معنى وأما الرقيق فله أن يلحق بهم طعامهم وكسوتهم بالمعروف ثم يقول قاموا على بكذا للعرف الظاهر في ذلك ولأن في هذه النفقة اصلاح مالية الرقيق فإن بقاءهم على هيئتهم لا يكون بدون الاتفاق بالمعروف. قال وإذا اشترى طعاماً فكل نصفه فله أن يبيع النصف الباقي مربحة على نصف الثمن. وكذلك كل مكيل أو موزون إذا كان صنفاً واحداً) لأنه مما لا يتفاوت بحصة كل جزء منه من الثمن يكون معلوماً وبيع المربحة على ذلك يبنى وإن كان مختلفاً لا يبيع الباقي منه مربحة لأن انقسام الثمن على الاجناس المختلفة باعتبار القيمة وطريق معرفتها الحرز والظن فلم يكن حصة كل جنس من الثمن معلوم يقينا ليبيعه مربحة عليه. وكذلك الثوب الواحد إذا ذهب نصفه أو احترق أو أحرقه إنسان أو باعه أو وهبه فلا يبيع النصف الباقي مربحة على الثمن الأول لأن المسمى لا ينقسم على ذرعان الثوب باعتبار الاجزاء والذرع صفة في الثوب وانقسام الثمن لا يكون على الاوصاف فقد تفاوت أطراف الثوب الواحد إذا ذهب نصفه ألا ترى أنه يشتري ذراعاً من أحد جانبيه بثمن لا يشتري بمثله من جانب آخر بخلاف القفزان من الصبرة الواحدة وهكذا الثوبان إذا اشتراهما صفقة واحدة فلا يبيع أحدهما مربحة دون الآخر فإن انقسام الثمن عليهما باعتبار القيمة. وكذلك ان اشتري عدل زطى بألف درهم وإن كان أخذ كل ثوب بمشرة دراهم فله أن يبيع كل ثوب منها مربحة على عشرة في (قول) أبي حنيفة وأبي يوسف و(قال) محمد رحمه الله تعالى لا يبيع شيئاً من ذلك مربحة حتى يبين أنه اشتراه مع غيره لأن من عادات التجار ضم الجيد إلى الرديء ويبيعهما بثمن واحد مع التفضل في رغبت المشتري في شراء الرديء لماله من المقصود في الجيد ويرغب البائع في بيع الجيد لماله من المقصود في ترويح الرديء فلو جوزنا له أن يبيع أحدهما مربحة من غير بيان لا مسك الجيد وباع الرديء مربحة وإذا علم منه المشتري أنه كان معه في المقد أجود منه لم يعطه ربحاً عي ما سمي فيه من الثمن فلاجل هذا العرف استحسّن محمد و(قال) لا يبيعه مربحة حتى يبين والقياس ما قال. فإن حصة كل واحد منهما من الثمن مسمى معلوم فله أن يبيعه مربحة كما لو كان في عقدين ومثل هذا العرف الذي اعتبره محمد يوجد في المقدين أيضاً فقد يسامح الإنسان لمن يعامله في ثمن جيد من الترويح عليه رديئاً بعده بثمن مثل ذلك الثمن ثم لم يعتبر ذلك لأن اعتبار المادة عند عدم النص فأما عند وجود النص فلا يعتبر بالمادة. فكذلك هنا بعد التنصيص على ثمن كل واحد منهما

لا يعتبر بالمادة . قال (واذا اشترى متاعاً بخنطة أو شمير أو شيء مما يكال أو يوزن فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على ذلك) لأن بيع المرابحة تمليك بشئ ما ملك به من ربح ضمه اليه في بيعه فإذا كان الثمن مما له مثل في جنسه تحقق هذا المعنى فيه فله أن يبيعه مرابحة عليه . قال (واذا اشترى ثوباً بمشرة دراهم فباعه بخمسة عشر درهماً ثم اشتراه بمشرة فلا يبيعه مرابحة حتى يطرح ربحه الأول من رأس المال) في قول أبي حنيفة و (قال) أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يبيعه مرابحة على عشرة دراهم لأنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وصية * ألا ترى أنه لو كان أصله هبة أو ميراثاً أو وصية فباعه ثم اشتراه كان له أن يبيعه مرابحة على الثمن الآخر ولا يعتبر بما كان قبله كذا هذا وهذا لأن بالشراء الثاني يتجدد له ملك غير الأول لأن ثبوت الحكم بثبوت سببه فإذا كان السبب متجدداً فالملك الثابت به كذلك واختلاف أسباب الملك بمنزلة اختلاف العين ولو كان للمشتري في المرة الثانية عين آخر فباعه مرابحة على ما اشتراه به وقاس بما لو استفاد في المرة الثانية زيادة من العين فإن ذلك لا يمنعه من بيع المرابحة في الشراء الثاني . فكذلك إذا استفاد ربحاً قبل الشراء الثاني وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول ما استفاد من الربح إنما يؤكده حقه فيه بالشراء الثاني لأن قبل شرائه كان حقه فيه يمرض انسقوط بأن يرد عليه بميب والمؤكده في بعض المواضع كالوجوب فكأنه استفاد ذلك بالعقد الثاني وبه فارق الزيادة المتولدة من العين فتأكد حقه فيها لم يكن بالعقد الثاني ولأن مبنى بيع المرابحة على ضم العقود بعضها إلى بعض * ألا ترى أنها اتفق في القصاراة والقتل والخياطة يلحق برأس المال فإذا كان يضم بعض العقود إلى بعض فيما يوجب زيادة في الثمن فلان يضم العقود إلى بعض فينظر إلى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه ويبيع مرابحة فيما يوجب النقصان من الثمن أولى فإن هذا إلى الاحتياط أقرب ولكن ضم العقود عند اتحاد جنسها فاما عند الاختلاف فلا * ألا ترى أنه لو استعان بخياط حتى خاطه لم يلحق بسببه شيئاً من رأس المال . وكذلك إذا كان العقد الأول هبة أو صدقة لا يضم أحدهما إلى الآخر لأن أحد العقدين تبرع والآخر تجارة فاما إذا اتحد جنس العقود يضم بعضها إلى بعض فينظر إلى حاصل ما غرم فيه فيطرح من ذلك بقدر ما رجع إليه ويبيع مرابحة على ما بقي إن شاء وفي هذه المسئلة قد غرم عشرين درهماً في دفعتين وعاد إليه خمسة عشر درهماً فيبيعه مرابحة على خمسة . قال (ولو كان اشتراه بمشرة ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بمشرة

لم يبيعه مراححة عند أبي حنيفة أصلاً) لأنه رجع إليه مثل ما غرم فيه فلم يبق له فيه رأس المال لبيعه مراححة عليه ولو كان اشتراه بعشرة ثم باعه بوصيف أو بدابة ثم اشتراه بعشرة كان له أن يبيعه مراححة علي عشرة لأن ما عاد إليه ليس من جنس ما غرم فيه فلا يمكن طرحه إلا باعتبار القيمة ولا مدخل لذلك في بيع المراححة ولأن الربح لا يظهر ما لم يرد إليه رأس ماله وإذا كان ما عاد إليه من عين جنس ما غرم فيه لا يظهر ربحه فيه فلماذا كان له أن يبيعه مراححة علي الثمن الثاني. وإذا اشترى نصف عبد بمائة درهم واشترى آخر نصفه بمائتي درهم ثم باعه مراححة أو وضيعة أو تولية فالثمن بينهما أثلاثاً بخلاف ما لو باعه مساومة فإن في بيع المساومة المسمى بمقابلة الملك ولهذا يستوي فيه المشتري والموهوب وملكهما في العبد سواء بخلاف المراححة والوضيعة والتولية فإن الثمن الثاني مبني على الأول في هذه العقود لأن التولية تملك لما ملك والوضيعة بنقصان شيء يسمى عما ملكت به والمراححة بزيادة معدومة علي ما ملكت به ولهذا اختصت هذه العقود بالمشتري دون الموهوب فإذا أثبت أن الثمن الثاني مبني علي الثمن الأول وقد كان الثمن الأول أثلاثاً فيقسم الثمن الثاني بينهما كذلك والاصل في جواز هذه العقود ما روي أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه اشترى بعيرين عند قصد الهجرة (فقال) له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولني أحدهما (فقال) هو لك بغير شيء (فقال) صلوات الله عليه أما بغير شيء فلا. قال (وإذا أنفق علي عبده في تعليم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقه برأس المال) لأنه ليس فيه عرف ظاهر. وكذلك الشعر والغناء والعريية وأجر تعليم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر في موضع بالخافه برأس المال كان له أن يلحقه به لأن زيادة المالية باعتبار معنى من المتعلم وهو الذهن والركاء بما أنفق على المعلم فلم يكن ما أنفق موجبا زيادة في مالية العين وعلي هذا أجر الطبيب والراصي والبيطار والراعي وجعل الآبق والحجام والخباز لا يلحق شيء من ذلك برأس المال لما قلنا وأما أجر سائق النعم الذي يسوقها من بلد إلى بلد يلحق برأس المال للعرف الظاهر فيه ولأن هذا بمنزلة الكراء فما له حمل ومؤنة. وكذلك أجره السمسار فقد جرى العرف بالخافه برأس المال فهو كأجرة القصار وأجرة الراعي ليس نظير أجره سائق النعم لأن الراعي لا يستحق الاجر بالنقل ولا يعمل الراعي بل يحفظ النعم فهو كأجرة البيت الذي تحفظ فيه النعم. وكذلك جعل الآبق ليس نظير أجر سائق النعم لأن الآبق نادر وفي الحاق شيء برأس المال العرف الظاهر

وذلك لا يوجد في النادر . قال (واذا باع المتاع مرا بحة ثم حط البائع الأول منه شيأ من الثمن فانه يحط ذلك من المشتري الآخر وحصة من الربح ولو كان ولاية حط ذلك) عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يحط عن الثاني شيأ بهذا السبب وأصل المسئلة ان الزيادة في الثمن والمثمن ثبتت على سبيل الاتحاق بالأصل عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو هبة مبتدأة لا تتم الا بالتسليم ويستوى ان كانت الزيادة من العاقد أو من أجنبي آخر . وكذلك حط بعض الثمن عندنا يلتحق بأصل العقد ويصير كأن العقد بقى عقد على ما في حق الشفيع والمولى . وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو بر مبتدأ في حق من حط عنه خاصة . وحجتنا في ذلك ان الثمن لا يستحق بالعقد الا عوضا والمبيع كله صار مملوكا للمشتري بالعقد الأول فيبقى ملكه ما بقى ذلك العقد ومع بقاء ملكه في المبيع لا يمكن ايجاب الزيادة عليه عوضا اذ يلزم العوض عن ملك نفسه . وذلك لا يجوز كالمودع يشتري الوديعة من المودع وهذا في حق الاجنبي أظهر فانه لا يملك شيأ من المبيع فكيف يلزم الثمن بمقابلة ما لا يملكه ولا يمكنه اثبات الزيادة في وقت العقد فان المبيع لو كان هالكا في الحال أو كانت جارية فاعتقها المشتري أو دبرها لم تثبت الزيادة في الثمن . وكذلك في الصداق الزيادة لا تنصف بالطلاق قبل الدخول فلو ثبتت من وقت العقد لكان حكمها حكم المسمى فاذا ثبت هذا في الزيادة فكذلك في الحط لأن الثمن كله اذا صار مستحقا بالعقد فلا يخرج البعض من أن يكون ثمننا الا بفسخ العقد في ذلك القدر والفسخ لا يكون في أحد العوضين دون الآخر مع أن الثمن معقود به وفسخ العقد في المعقود عليه دون المعقود به وقاسا حط البعض بحط الجميع فكما ان ذلك لا يثبت في حق المولى والشفيع فكذلك حط البعض وحجتنا في ذلك قوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة) أى من فريضة بعد الفريضة فذلك تنصيص على ان حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض في العقد الا فيما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا ينتصف الطلاق قبل الدخول الاماناً كد بالتسمية في أصل العقد بالنص فقياسوى ذلك حكم الزيادة حكم الاصل والمعنى فيه انها غيرا العقد بتراضيهما من وصف الي وصف مشروع له فيصح ذلك ويجعل ذلك كالمذكور في أصل العقد كالمو كان البيع خيار لها فاسقط الخيار أو بغير الخيار فشرطا الخيار لهما أولا حدهما وبيان الوصف انها يجملان الخاسر عدلا بالزيادة في الثمن او العدل رابحا والراجح عدلا او خاسرا

بالخط وهذا وصف مشروع في البيوع والبيوع أنواع منه خاسر وربح وعدل فعرفنا
 انهما قصدا تعبيره الى وصف مشروع وتأثيره ان العقد قائم بينهما بملكان التصرف فيه رفعا
 وإبقاء فيملكان التصرف فيه بالتغير من وصف الى وصف لان التصرف في صفة الشيء
 أهون من التصرف في أصله فاذا كان باتفاقهما يملكان التصرف في أصل العقد ففي صفته
 أولى فاما قوله أنه يلتزم العوض عن ملكه (قلنا) قيام العقد بقيام المعقود عليه والمعقود عليه قائم
 في يد المشتري على وجه يجوز الاعتياض عنه فيصح منه التزام العوض بمقابلته أيضاً لان
 الانسان انما لا يلتزم العوض عما هو ملوك له أصلاً ومقصوداً فاما ربحاً فقد يلتزم العوض
 وهذا لان الأرباح في حكم الصلاة ولهذا لو حصل من المريض كان معتبراً من الثلث
 ولأنه بيع والعوض بمقابلة الأصل دون البيع ألا ترى أن اطراف المبيع يستحق
 بالمعاوضة تبعا ولا يقابلها شيء من الثمن بل العوض بمقابلة الأصل يعني عن اعتبار العوض
 بمقابلة البيع. فكذلك الزيادة بعد هلاك المعقود عليه وقد روى في غير الاصول عن ابي
 حنيفة ان الزيادة تصح كما يصح الخط بطريق التغير لأصل العقد. وفي ظاهر الرواية لا تثبت
 الزيادة لان المعقود عليه لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه ولا يمكن اثبات الزيادة
 عوضاً وكذلك بعد العتاق والتدبير لم يبق على وجه يجوز الاعتياض عنه وهذا لانه لا بد
 لاثبات الزيادة عوضاً من اعتبار الحال ثم الاستناد الى وقت العقد وقد تعذر اثباتها في
 الحال فلا يظهر فيها حكم الاستناد كما قلنا في البيع الموقوف انه لا بد من قيام المعقود عليه
 عند الاجارة ليثبت الملك مستنداً الى وقت العقد وبالاتفاق في البيع يشترط الخيار على البائع
 وعلى هذا ان كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزامها عوضاً وهذا الالتزام صحيح منه
 فان لم يملك بمقابلته شيئاً كما لو خالع امرأته مع اجنبي على مال وضمنه الاجنبي او تصالح مع اجنبي
 من الدين على مال وضمنه صبح الصلح وان لم يملك الملتزم بمقابلته شيئاً وعلى هذا الخط الا أن
 عمل الخط في اخراج قدر المخطوط من أن يكون ثمننا فالشرط فيه قيام الثمن لقيام المعقود
 عليه والثمن باق فثبت الخط على سبيل الالتحاق بأصل العقد وقد بينا أنه مغير لوصف العقد
 وليس بفاسخ للعقد حتى يقال الفسخ في الثمن لا يكون والدليل عليه الخط بسبب العيب
 والخط في مجلس العقد على أحد قولي الشافعي فانه يثبت ملتحقاً بأصل العقد لما قلنا بخلاف خط
 الجميع فانه مغير لوصف العقد لان الانسان لا يكون مغبوناً بجميع الثمن ولو التحق بأصل العقد

فاما ان يفسد به العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن وقد علمنا انهما لم يقصدا ذلك أو يصير ذلك العقد هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة فاما حط البعض لو التحق باصل العقد تحقق به مقصودهما وهو التغير. قال (واذا باع المتاع مرابحة فخافه فيه فالمشتري بالخيار اذا اطلع عليه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان استهلك المتاع أو بعضه فالثمن كله لازم له) في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله و(قال) أبو يوسف وابن أبي ليلى رحمهما الله يحط عنه الخيانة وحصلتها من الربح على كل حال ولا خيار له في ذلك وان خان في التولية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يحط عنه مقدار الخيانة وعند محمد هو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فابو يوسف يقول في المرابحة والتولية جميعاً يحط عنه مقدار الخيانة وحصلتها من الربح لان العقد الثاني في حق الثمن بناء على الاول وقدر الخيانة لم يكن ثمناً في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع فان المشتري اذا خان الشفيع لا يثبت مقدار الخيانة في حقه فانه يأخذ بمثل الثمن الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني كما في الشفيع وهذا لان السبب الثاني لما أضافه الى السبب الاول فانما يؤثر في ايجاب مثل ما وجب بالسبب الاول الا مقدار ما زاد فيه من الربح فقيا وراء ذلك لا يثبت وبدون السبب لا يثبت الحكم والدليل عليه أنه لو خرج البعض من أن يكون ثمناً في العقد الاول بالخط يخرج ذلك من أن يكون ثمناً في العقد الثاني فاذا ثبت انه لم يكن ثمناً فيه أولى ومحمد يقول فيها جميعاً لا يحط الثمن عن المشتري الثاني لانهما باعوا باعاً باعاً بثلثين سميها في العقد بجميع ذلك الثمن كما لو باعاه مساومة وهذا لان انعقاد سبب الثاني يعتمد التراضي منهما ولا يتم رضا المشتري الاول اذا لم يجب له جميع الثمن المسمى بخلاف الأخذ بالشفعة فلا معتبر برضا المشتري هناك ثم حق الأخذ للشفيع بالثمن الاول مستحق على المشتري علي وجهه لا يمكن ابطاله ولا نعتبه وبالخيانة قصد تغيره فيرد عليه قصده وهذا البيع مرابحة او تولية لم يكن مستحقاً على المشتري الاول فهو في تسمية مسمى غير قاصد ابطال ما هو مستحق عليه ولكنه يدلس والتدليس يثبت للمشتري الخيار كتدليس العيوب وهذا بخلاف الخط بعد العقد لان الاستحقاق يثبت للمشتري الثاني بمثل الثمن الاول وثم رضى المشتري الاول به فخرج من أن يكون ثمناً في العقد الاول يخرج من أن يكون ثمناً في العقد الثاني فكان المشتري الثاني بمد ما تم استحقاقه بمنزلة الشفيع وأبو حنيفة يفرق بين التولية والمرابحة من وجهين (أحدهما)

أن التولية بناء على السبب الاول من كل وجه فلا يثبت فيه مالم يكن ثابتا في العقد الاول كالأقالة لما كانت فسحا عند الاول فالم يكن ثابتا في العقد لا يمكن اثباته في الاقالة فاما المراجعة فليست تنبى على العقد الاول من كل وجه وان ثبتت عليه من وجه وهو العيار في الثمن. ألا ترى انها سميا فيه مالم يكن مسمى في العقد الاول فيه يتبين انه سبب مبتدأ باسراء باختيارهما فينقصد بالثمن المسمى فيه يقرره انه لا حاجة في التولية الى ذكر الثمن وتسمية مقدار خيانه فيه فيكون لنوا أيضا وفي المراجعة لا بد من تسمية الثمن وتعيين قدر الربح فكان انقداها بالتسمية الثانية فينقصد بجميع ماسميا فيها وفرق آخران في اثبات الخيانة في التولية تغير العقد عن موضوع ماصرحا به لان به يصير البيع مراجعة لا تولية وقد صرحا بالتولية وكان ذلك منهما نفيا لمقدار الخيانة. فاما في المراجعة لو أثبتنا جميع المسمى لا يتغير به العقد عن موضوع ماصرحا به فانما صرحا ببيع المراجعة وهو مراجعة الا ان الربح فيه أكثر مما ظنه المشتري والبائع دلس بتسمية بعض ربحه رأس المال فكان ذلك مثبتا الخيار للمشتري واذا سقط خياره بهلاك المبيع في يده لزمه جميع الثمن المسمى. قال (واذا اشترى ثوبا بمشرة دراهم فليس له ان يبيع منه ذراعا مراجعة لما بينا أن الثمن ينقسم على ذراعا ان الثوب باعتبار الاجزاء وله ان يبيع نصفه أو ثلثه مراجعة) لان ثمن النصف معلوم يقينا وهذا لان النصف جزء شائع فلا يتفاوت والذراع اسم لموضع معين يقع عليه الذراع وذلك مختلف في الثوب. قال (ولو اشترى نصف عبد بمائة درهم ثم اشترى النصف الآخر بمائتي درهم فله أن يبيع أى النصفين شاء مراجعة علي ما اشتراه) لانه يملك كل نصف بمقدار حدة فيجمل كل نصف بمنزلة عبد علي حدة وان شاء باع كله على ثمانمائة درهم مراجعة لان العبد قام عليه في العقدين جميعا بثمانمائة وبيع المراجعة يبيع بما قام عليه. قال (ولو اشترى عبدا بألف درهم فوهب له البائع الثمن كله فله ان يبيعه مراجعة على الالف ولو وهب له بعض الثمن أو حط عنه بعضه باعه مراجعة علي ما بقى) للفرق الذي بينا بينهما في حكم الالتحاق باصل العقد وان باعه بالثمن عرضا أو أعطاه به رهنا فملك الرهن كان له ان يبيع العبد مراجعة على ألف درهم لانه صار قابضا لهذا الثمن بهذا الطريق فكانه قضاء مشاهدة ولانه يبيعه مراجعة علي ما يملك وانما يملك المسمى عند الشراء. ألا ترى انه قبل أن يتقد الثمن له ان يبيعه مراجعة. قال (ولو اشترى ثوبا بمشرة دراهم جياذ فنقدها زيوفا وتجاوز البائع عنه فله أن يبيعه مراجعة علي عشرة جياذ) لانه يملكه

بالجواد وبما نقد من الزيوف صار قاضيا لما عليه بدليل جواز ذلك في السلم والصرف. وكذلك ان اشتراه بعشرة نقد فلم ينقده الثمن شهرا فله ان يبيعه مربحة على العشرة النقد لانه يملك بالنقد وبان لم يطالبه البائع بالثمن شهرا لا يخرج الثمن من أن يكون نقدا فلم يجعل تجوز البائع بالزيوف وتركه المطالبة بالثمن مدة بمنزلة الخط لان هناك القدر المخطوط يلحق باصل العقد فيكون مفيرا الوصف وهذا يترك المطالبة بالثمن زمانا لا يلحق شيء باصل العقد. وكذلك بالتجوز بالزيوف لان الوصف تبع للأصل فاذا لم يخرج شيء من أصل العشرة من أن يكون ثمنا لا يمكن اخراج الوصف من ذلك لئلا يصير البيع مقصودا فيما هو بيع فيه وذلك ممتنع. قال (فان وهب الثوب المشتري بعشرة لانسان ثم رجع فيه فله ان يبيعه مربحة على عشرة) لان بالرجوع يعود العين الي قديم ملكه سواء رجع بقضاء أو بغير قضاء وقد بينا هذا في الهبة. وكذلك ان باعه فرد عليه بعيب أو فساد بيع أو خيار أو اقالة فله أن يبيعه مربحة على عشرة لانه ان عاد اليه بسبب هو فسخ من كل وجه فقد عاد اليه قديم ملكه وان عاد اليه بسبب هو متردد كالاقالة فاكثر ما فيه أنه بمنزلة عقد جديد وقد تملك فيه الثوب بعشرة فيبيعه مربحة عليه ولو تم البيع فيه رجع اليه بميراث أو هبة لم يكن له ان يبيعه مربحة لانه ما عاد اليه الملك المستفاد بالشراء الاول فان ملك الوارث ينبنى على ملك المورث فانما يبقى له ما كان لمورثه فيبيعه مربحة على ما اشتراه مورثه به لو باعه مربحة وليس له ذلك لان المالكية قد تحددت له وان كان الملك هو الذي كان لمورثه واماني الهبة فقد يثبت له ملك جديد بسبب التبرع فلا يكون له ان يبيعه مربحة. قال (واذا اشترى شيئا من أبيه أو أمه أو ولده أو مكاتبه أو عبده أو اشترى العبد أو المكاتب من مولاه بثمان قد قام على البائع بافل منه لم يكن له ان يبيعه مربحة الا بالذي قام على البائع في العبد والمكاتب بالاتفاق) لان بيع المراجعة على ما يتيقن بخروجه في ملكه بمقابلة هذا العين وهو المدفوع الي البائع الاول فاما الربح الذي حصل لعبده لم يخرج من ملكه لان كسب العبد لمولاه وما حصل لمكاتبه من وجه كان له أيضا فلمولى حق الملك في كسب المكاتب ويتقلب ذلك حقيقة الملك لعجزه ولان تهمة المسامحة تتمكن فالانسان يسامح في المعاملة مع عبده ومكاتبه لعلهم انه لا يتعذر عنه ما يحصل لهما وبيع المراجعة بيع أمانة ينشئ عنه كل تهمة وخيانة فاما في غير المالك من الآباء والأولاد والأزواج والزوجات. فكذلك الجواب عند أبي حنيفة (قال) أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله له ان يبيعه مراححة على ما اشتراه به من هؤلاء لتباين الاملاك بينهما اذ ليس لكل واحد منهما في ملك صاحبه ملك ولا حق ملك فهما في ذلك كالاخوين وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ما يحصله المرء لهؤلاء بمنزلة ما يحصل لنفسه من وجه ولهذا لا تقبل شهادته لهؤلاء فباعتبار هذا الوجه صاروا في حقه كالعبد والمكاتب ولان مسامحة بعض هؤلاء مع البعض في المعاملة أمر ظاهر ويبع المراححة يؤخذ فيه بالاحتياط فلا يبيعه مراححة الاعلى القدر الذى يتيقن بالالتزام فيه لاعلى وجه المسامحة . وذلك أقل الثمن كما في العبد والمكاتب . قال (واذا اشترى ثوباً بثوب قد قام عليه الاول بشرة دراهم فليس له ان يبيعه مراححة على العشرة) لانه ملك هذا الثوب بالعقد الثانى فالعوض ما كان مذكوراً فيه ولا مثل للثوب من جنسه فلماذا لا يبيعه مراححة على ما اشترى به ولا على الثمن الأول لانه ما التزم ذلك عوضاً عن هذا الثوب قال (واذا اشترى الرجلان عدل زطى بألف درهم فاقسماه فليس لواحد منهما ان يبيع نصيبه مراححة) لان القسمة فيما تنفاوت يتمكن فيها معنى المعاوضة من حيث ان كل واحد منهما يأخذ نصف ما يصيبه بتقديم ملكة ونصفه عوضاً عما ترك لصاحبه فيمنعه ذلك من البيع مراححة * يوضحه انا لا نتيقن بان ما يصيبه بالقسمة هو النصف وانما يعرف ذلك بطريق الحزر وقبل القسمة لو ميزا بعض الثياب وأرادا بيع ذلك مراححة على ما ينقصها من الثمن لم يملك ذلك . فكذلك بعد القسمة وبه فارق المكيل والموزون . قال (واذا اشترى عبداً به عيب قد دلس عليه فلما علم به رضى فله ان يبيعه مراححة) لانه اشتراه بالثمن الذى يبيعه مراححة عليه وسبب العيب ثبت له الخيار فاسقاطه لا يمنعه من البيع مراححة كما لو كان فيه خيار الشرط او روية فاقطع . وكذلك لو اشتراه مراححة بخانه صاحبه فيه كان له ان يبيعه مراححة على ما أخذه به لما بينا ان الثالث له بسبب هذه الخيانة الخيار فقط قال (واذا ولى رجل رجلاً يما بما قام عليه ثم اطلع على انه أخذه بأقل من ذلك يشهد شهود او باقرار البائع الاوسط أو بنكوله عن اليمين فيه وقد ادعاه المشتري الآخر) فانه يرجع عليه بالفضل وتم له البيع وقد بينا الخلاف في هذه المسئلة واما الشبهة في حرف وهوانه سمع دعوى المشتري الآخر أن الثمن الاول كان أقل مما سمى في التولية منه حتى سمع بينته على ذلك واستحلفه على ذلك خصمه يقضى عليه بنكوله من اصحابنا رحمهم الله من يقول هو مناقض في هذه الدعوى والمناقض لا قول له ولا طريق لظهور ذلك إلا اقرار البائع الاوسط به ومنهم

من يقول بل دعوى الخيانة من المشتري الآخر بمنزلة دعوى العيب أو بمنزلة دعوى الخط ولو ادعى شيئاً من ذلك فأقام البيّنة قبلت بيّنته وإذا لم يكن له بيّنة يستحلف خصمه. فكذلك هنا وإن كان المولى قد باعه مرابحة قبل أن يرجع على البائع الأول بشيء ثم رجع عليه بقدر الخيانة يرد ذلك القدر وربحه على المشتري منه بمنزلة ما لو حط بألّعه عنه بعض الثمن. قال (وإذا اشترى شيئاً من شريك له شركة عنان فلا بأس بأن يبيعه مرابحة) لأنهما فيما ليس من شركتهما كسائر الأجانب ولهذا قبلت شهادة كل واحد منهما لصاحبه فإن كان للأول فيه حصة فليس له أن يبيعه حصة نفسه مرابحة إلا على ما اشتراه به لأنه يملك حصته بالعقد الأول وإنما يملك على شريكه بالعقد الثاني حصته فيبيع كل حصته مرابحة على ما اشتراه به. قال (وإن كانت خادم لشريك مفاوض للخدمة فاشترى شريكه منه للخدمة ثم بدأ له أن يبيعه مرابحة فله ذلك) لأن هذا ليس من شركتهما وكل واحد منهما من صاحبه فيه كأجنبي آخر وكل شيء كان لأحدهما خاصة فالحكم فيه كذلك وكل شيء كان بينهما فلا يبيعه واحد منهما مرابحة إذا اشتراه من صاحبه إلا على الأصل الأول لأن العقد الثاني غير معتبر فإن قبله كانت العين مشتركة بينهما شركة مفاوضة. فكذلك بعده بخلاف ما يشتري أحد شريكي العنان من صاحبه للشركة لأن ذلك شراء معتبر فانه يدخل في شركتهما ما لم يكن داخلاً إلا أن البائع في حصة نفسه إنما يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وهو ما اشتراه به لأنه متيقن بخروج ذلك القدر عن ملكه. قال (عبد بين اثنين قام عليهما بمائة دينار فربح أحدهما صاحبه في حصته ديناراً فلا بأس بأن يبيعه مرابحة على مائة دينار ودينار) لأنه يملك جميع العبد بهذا القدر وفي شركة الملك شراء أحدهما من صاحبه كشراؤه من أجنبي آخر. قال (وإذا اشترى الرجل متاعاً من رقه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقه فهو جائز) ولكن لا ينبغي أن يقول قام على بكذا ولا أخذه بكذا فإن ذلك كذب والكذب لا رخصة فيه ولكن يقول رقه بكذا وأنا أبيع مرابحة على ذلك وعن أبي يوسف (قال) هذا إذا كان المشتري ممن يعلم عادة التجار أنهم يرقون السلع بأكثر مما يشترون به فإن كان لا يعلم ذلك فهذه خيانة وللمشتري حق الرد به إذا علم وهذا منه احتياط وقد كان يبالغ في الاحتياط في باب المراجعة حتى (قال) إذا اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه مما لا يتغابن الناس في مثله وهو يعلم ذلك فليس له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو اشترى بالدين ممن عليه الدين شيئاً وهو لا يشتري ذلك الشيء بمثل ذلك

التمن من غيره فليس له أن يبيعه مرابحة وإن كان يشتري بمثل ذلك الثمن من غير غيره فله أن يبيعه مرابحة - واء أخذه بلفظة الشراء أو بلفظة الصلح وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشراء فنقول مبنى الصلح على الخط والتجاوز بدون الحق ومبنى الشراء على الاستقصاء والمالك كسوة ولو كان أصل الثوب له بميراث أو هبة أو وصية فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان جائزاً أيضاً لأنه ما أخبر المشتري بشيء هو كذب وإنما (قال) قيمته كذا أو رقه كذا وهو صادق في ذلك فإن صار المشتري مغبوناً فيه فذلك من قبل جهله . قال (واذا باع الرجل المتاع بربح ده يازده أو بربح أحد عشر) فكذلك سواء إن كان المشتري قد علم بالتمن قبل عقده البيع وليس أن يرده لأن مقدار الثمن وربحه معلوم له عند العقد وإن لم يكن عالماً بالتمن فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ليكشف الحال له حين يعلم بمقدار الثمن وكذلك إن باعه له برقه فللمشتري الخيار إذا علم بالرقم لما بينا قال : وإذا اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم باعه بوضيعة ده يازده عن الثمن فإن الثمن يكون تسعة دراهم وجزء من إحدى عشر جزءاً من درهم ولو باعه بربح ده يازده كان الربح درهماً ثم إذا باعه بوضيعة ده يازده لم يحمل الوضيعة درهماً في الحقيقة لا فرق بينهما فإنه إذا باعه بربح ده يازده كان الثمن أحد عشر درهماً فالربح جزءاً من إحدى عشر جزءاً من الثمن وذلك بأن تضرب العشرة في إحدى عشر فتكون مائة وعشرة فتقدر الوضيعة جزءاً من إحدى عشر جزءاً وذلك عشرة أجزاء يبقى مائة جزء وكل إحدى عشر جزءاً درهم وذلك تسعة دراهم وجزءاً من إحدى عشر جزءاً من درهم . قال (واذا اشترى ثوباً بخمسة دراهم واشترى آخر ثوباً بستة دراهم ثم باعها بصفة واحدة مرابحة ومواضبة فالتمن بينهما على قدر رأس مالهما) لأن الثمن الثاني في هذا النوع من البيع مبنى على الثمن الأول . قال (ولو ولي المشتري رجلاً ثم حط البائع الأول عنه جميع الثمن فإنه لا يحط عن الآخر شيء) لأن حط الكل مبتدأ غيره . انتهى بأصل العقد فلا يثبت في حق المولى والله أعلم

باب العيوب في البيوع

قال رحمه الله وإذا برى البائع إلى المشتري عند عقده البيع من كل عيب فهو جائز وإن لم يسم العيوب عندنا (قال) الشافعي شرط البراءة عن العيوب المجبولة باطل إلا أن يكون

عيا في باطن الحيوان فله في ذلك قولان وفي البيع بشرط البراءة من كل عيب له قولان في أحد القولين البيع . فاسد وفي القول الآخر البيع صحيح والشرط باطل واحتج بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وهذا بيع غرر لانه لا يدري ان المعقود عليه على أى صفة هو ولان هذا شرط يمنع موجب العقد لان موجب المعاوضة استحقات صفة السلامة وهذا الشرط يمنع من ذلك فهو نظير شرط يمنع الملك ولان البائع يلتزم تسليم المجهول لانه يلتزم تسليمه على الصفة التي عليها البيع . وذلك غير معلوم عند المتعاقدين والزام تسليم المجهول بالبيع لا يصح كبيع ثوب من العدل أو شاة من القطيع بخلاف ما إذا سمي العيب أو أراه المشتري فان ما يلتزم تسليمه بالعقد بعد تسمية العيب معلوم وما لا يمكن اعلامه نحو عود الجراحة أو يلحق الجرح باعلامه نحو ما يكون في باطن الحيوان يسقط اعتباره للتعذر والدليل على الفرق بين المسمى وغير المسمى ان المشتري لو عرض على انسان و(قال) اشتره فانه لا عيب به ثم وجد به عيبا كان له ان يخاصم فيه بأثمه وبمثله لو قال اشتره فانه ليس بأبق ثم وجد به عيب الا باق لم يكن له أن يخاصم فيه بأثمه وحجتنا في ذلك ما روى ان زيد بن ثابت رضى الله عنه ابتاع مملوكا من عبد الله بن عمر رضى الله عنهما بشرط البراءة من كل عيب ثم طعن فيه بعيب فاختصما الى عثمان بن عفان رضى الله عنه خافه بالله لقد بعته وما به عيب يعلمه وكتمته فنكل عن اليمين فردده عليه فقد اتفقوا على جواز البيع بهذا الشرط وانما اختلفوا في صحة الشرط فيستدل باتفاقهم على جواز البيع بقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم على صحة الشرط والكلام في شرط صحة البراءة من كل عيب ينبغي على صحة البراءة عن الحقوق المجهولة فالشافعي لا يجوز ذلك وقد قام الدليل على جوازه انا في ذلك حديث على رضى الله عنه حين بعته رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصالح بن جذيمة فواداهم حتى ميلعة الكلب وبقي في يديه مال فقال هذا لكم ما لا تعلمونه ولا يعلمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله عليه وسلم فسر فهذا دليل جواز الصالح عن الحقوق المجهولة والمعنى فيه ان هذا إسقاط حق لا يحتاج فيه الى التسليم فيصح في المجهول كالطلاق والعناق وتأثيره ان نفس الجهالة لا تمنع صحة الاتزام ولكن جهالة تففي الى تمكن المنازعة ألا ترى ان التملكين يصح في هذا وهذا أضيق من الاستقطات ثم الجهالة التي لا تفنى الى المنازعة لا تمنع صحة التملك كجهالة القفيز من الصبرة فلان لا يمنع صحة الاستقاط أولى فالسقوط يكون متلاشيا

لا يحتاج فيه الى التسليم والجهالة التي لا تنفي الى المنازعة أولى ولا معنى لقول من يقول ان
 الايجاب في المجهول في معنى التعليق بشرط البيان فما لا يحتمل التعليق بالشرط لا يصح ايجابه
 في المجهول لان الشرط داخل على نفس السبب حتى يجعله في حكم تصرف آخر هو يمين
 والجهالة تدخل على حكم السبب فاذا كانت تنفي الى المنازعة يتعذر اثبات الحكم مع الجهالة
 واذا كانت لا تنفي الى المنازعة لا تعذر فلا يمنع صحته اذا ثبت صحة هذا الشرط ثبت جواز
 العقد معه لان هذا الشرط يقرر مقتضى العقد ومقتضى العقد اللزوم والعقد بهذا الشرط يلزم
 سليما كان المبيع أو معيبا ثم البائع بهذا الشرط يتمتع من التزام ما لا يقدر على تسليمه لان عند
 اطلاق العقد يلتزم تسليم المبيع بصفة السلامة واذا كان معيبا فهو عاجز عن تسليمه سليما
 وعند هذا الشرط يلتزم التسليم على الصفة التي عليها المبيع وهو قادر على تسليمه بتلك الصفة
 والقدر على التسليم شرط جواز العقد لان يكون موجبا فساد العقد ثم لا يتمكن جهالة في
 المبيع بهذا الشرط لانه مشار اليه معلوم بالاشارة الى عينه والى مكانه وليس مقصوده من
 هذا الشرط الاقرار بالعيوب به فلا يجتمع كل عيب في عيب واحد وانما يقصد بذكر هذا
 الشرط التزام البيع والتزام التسليم على وجه يقدر عليه وهذا من الحكمة . ولهذا قلنا ان
 المشتري بقوله لا عيب به لا يصير مقرا باسقاط العيوب عنه بل قصده من ذلك ترويع السلعة
 بخلاف قوله ليس باق في تخصيصه هذا العيب بالذكر ما يدل على ان مراده في هذا العيب
 عنه وان تمكن جهالة في وصف الموقوف عليه بهذا الشرط فهي جهالة لا تنفي الى المنازعة
 فلا يؤثر في العقد كجهالة مقدار العيب المسمى . وكان ابن أبي ليلى رحمه الله يقول لا تصح
 البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشتري وقد جرت المسئلة بينه وبين أبي حنيفة في
 مجلس الدوانيق فقال له أبو حنيفة أرأيت لو ان بعض حرم أمير المؤمنين باع عبدا برأس
 ذكره برص أكان يلزمها ان يرد ذلك المشتري وما زال به حتى أخفه وضحك الخليفة
 مما صنع به فاذا عرفنا جواز العقد لهذا الشرط (قلنا) تدخل فيه البراءة من كل عيب موجود
 به وقت العقد فان حدث به عيب آخر بعد البيع قبل التسليم فهو داخل في هذه البراءة أيضا
 في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر من قول أبي يوسف رحمه الله (قال) محمد وزفر
 والحسن رحمهم الله لا تدخل البراءة عن العيب الحادث في هذا الشرط وهو رواية عن أبي
 يوسف لان ذلك مجهول لا يدري أيحدث أم لا وأي مقدار يحدث ولو صرح بالبري من

العيب الذي يحدث قبل القبض فسد به العقد ولو دخل في هذا الشرط لفسد العقد به أيضا فابو يوسف رحمه الله يقول العيب الحادث قبل القبض لما جعل كالموجود عند العقد في ثبوت حق الرد فكذلك يحمل كالموجود عند العقد في دخوله في شرط البراءة من كل عيب وهذا لان مقصود البائع اثبات صفة اللزوم للعقد والامتناع من التزام ما لا يقدر على تسليمه وفي هذا لافرق بين العيب الموجود والحادث قبل القبض ولا رواية عن أبي يوسف فيما اذا نص على البراءة عن العيب الحادث وقيل ذلك صحيح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام نفس العقد الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول هنا ظاهر لفظه يتناول العيوب الموجودة ثم يدخل فيه ما يحدث قبل القبض تبعا لان ذلك يرجع الى تقرير مقصودهما وقد يدخل في التصرف تبعا ما لا يجوز أن يكون مقصودا بذلك التصرف كالشرب في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية ولو كان شرط البراءة من كل عيب به فهذا يفسد العيب الموجود فلا يتناول الحادث بالاتفاق وان اختلفا في عيب (فقال) المشتري أنه حدث بعد العقد (قال) البائع بل كان موجودا عند العقد فان كان شرط البراءة من كل عيب فالقول قول المشتري وان كان شرط البراءة من كل عيب فعلى قول محمد القول في ذلك قول البائع وعند زفر القول قول المشتري لانه هو المسقط لحقه فالقول في بيان ما أسقط قوله كما في الفصل الاول ومحمد يقول قد ظهر المسقط مطلقا للمشتري اذا ادعى خروج شيء بينه من ذلك المطلق لا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كما لو أبرأه عن كل حق له عليه ثم اختلفا في دين انه كان موجودا وقت الابراء أو حدث بعده فانه يحمل القول قول من يدعى دخوله في البراءة المطلقة لهذا المعنى بخلاف ما اذا شرط البراءة من كل عيب به لان المسقط هنا مظهر إلا مقيدا بوصف فاذا أنكر المشتري في عيب عنه انه ما دخل في ذلك الايجاب المقيد وجب المصير الى قوله كما في البراءة المقيدة بمكان أو زمان. قال (واذا شهد شاهدان على البراءة من كل عيب في خادم ثم اشتراها أحد الشاهدين بنفي براءة فوجد بها عيبا كان له أن يردّها) لان البراءة من كل عيب لا تتضمن الاقرار بوجود كل عيب فيها فلا يكون الشاهد راضيا بعيب فيها بعد تلك الشهادة وكذا لو شهدا على البراءة من الأباقي ثم اشتراها أحدهما فوجدها أبقى فله أن يردّها لان الأباقي مذكور في البراءة مطلقا غير مضاف اليها فلا يكون ذلك اقرارا من الشاهد ولا من المشتري بوجود ذلك فيها بمنزلة البراءة من كل عيب ولو شهدا انه تبرأ

من إياها ثم اشتراها أحد الشاهدين فوجدها آتية فليس له أن يردّها لأن الباقي هنا مضاف إليها بحرف الكتابة وتخصيصه من بين سائر العيوب بالاضافة إليها يكون اخبار بوجوده فيها فالشاهد أقدم على شراءها وهو عالم بعيوبها فلا يكون له أن يردّها بالعيوب . قال (وإذا اشترى جارية ولم يتبرء البائع من عيوبها فوطئها المشتري ثم وجد بها عيبا فليس له أن يردّها بالعيوب عندنا بكرا كانت أو ثيبا عند ما اشتراها) و (قال) الشافعي رحمه الله ان كانت بكرا فكذلك الجواب وان كانت ثيبا فله أن يردّها بالعيوب ولا يفرم للوطء شيئا و (قال) ابن أبي ليلى يردّها بكرا كانت أو ثيبا ويرد معها عقرها وعقرها عشر قيمتها ان كانت بكرا أو نصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا وجه قول الشافعي انه قادر على ردّها كما قبضها فله أن يردّها كما قبل الوطء وهذا لأن الوطء في الثيب لا يوجب نقصانا في عينها حقيقة ولا حكما وانما استوفى منها محض منفعة فهو كما لو استخدمها ثم اطلع على عيب بها بل ولي فان الاستخدام يبيحها والوطء يمنعها بخلاف ما اذا كانت بكرا فالوطء هناك يفوت جزء منها فان صفة البكارة في الجارية بمنزلة جزء من عين هو مال متقوم ولهذا استحق البائع شرطاً والدليل على الفرق ان المشتري بعد ما وطء البكر ليس له أن يبيعها مراححة من غير بيان وفي الثيب له أن يبيعها مراححة بعد الوطء من غير بيان . وكذلك لو كانت ذات زوج فوطئها الزوج عند المشتري فان كانت بكرا ليس للمشتري أن يردّها بعيب النكاح بعد ذلك وان كانت ثيبا فله ذلك . وكذلك البائع اذا وطئ الميعة قبل القبض فان كانت ثيبا لم يسقط شيئا من الثمن ولا يتخير المشتري به في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا كانت بكرا وبهذه الفصول يتبين ان الوطء في الثيب بمنزلة الاستخدام وكما ان الوطء لا يحل الا في الملك فالاجبار على الخدمة لا يحل الا في الملك ثم لا يمنع نسبة الرد بالعيوب وحجتنا في ذلك اجماع الصحابة رضوان الله عليهم فقد قال علي وابن مسعود رضي الله عنهما لا يردّها بعد الوطء و (قال) عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما يردّها ويرد معها عشر قيمتها ان كانت بكرا ونصف عشر قيمتها ان كانت ثيبا فقد اتفقوا على ان الوطء لا يسلم للمشتري مجانا فن قال يردّها ولا يرد معها شيئا فقد خالف أقاويل الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وكفى باجماعهم حجة عليه ثم انهم كانوا مجمعين على ان الوطء بمنزلة الجنائنة الا انه كان من مذهب عمر وزيد رضوان الله عليهما ان المشتري اذا جنى عليها ثم علم بعيب يردّها ويرد معها الارش ففي الوطء اجابا نحو ذلك وعلي وابن مسعود رضي الله

عنها كان يقولان لا يردّها بعد الجناية فكذلك بعد الوطء وبالإجماع بيننا وبين الشافعي الجناية تمنع الرد. فكذلك الوطء وهو المعنى الفقهي في المسئلة أن الوطء يسلك فيه مسلك الجناية فيمنع الرد بمنزلة الجناية عليها بنفسها والدليل على إثبات هذا الوصف اتفاق الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين كما بيناه والدليل على أن المستوفي بالوطء في حكم جزء من العين فإن المستوفي بالوطء ما يملك بالنكاح والمملوك بالكاح في حكم العين ولهذا لا يملك العقد إلا مؤبداً والدليل عليه أن استيفاءه في غير الملك لا يخلو عن عقوبة أو غرامة واستيفاء المنفعة تنفك عن ذلك وإن المستوفي بالوطء مصون عن الابتدال حتى لا يجوز استيفاءه، بالبدل بدون الملك والمصون من الآدمي نفسه وأجزاؤه لا منافعه والمنفعة تتبدل من الآدمي كما تتبدل من غيره فإذا ثبت أنه في حكم جزء من العين فاستيفاءه كاستيفاء جزءه بالجناية. وذلك يمنع من الرد بالعيب والدليل عليه ما إذا كانت بكرًا تمرر ما قلنا أن الرد بالعيب فسخ للعقد من الأصل ولهذا لو كان موهوباً كان للواهب أن يرجع فيه ولو كان مبيعاً كان للبائع أن يردّه عليّ بآئنه ولو لم يتعذر ردّها بالعيب لأجل الوطء لسكان إذا ردّها ويفسخ العقد من الأصل تبين أن وطأه إياها كان في غير الملك والوطء لا يحل إلا في الملك فالتحرز عن الوطء الحرام قلنا لا يردّها والوطء في غير الملك بمنزلة تناول جزء من العين حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وبهذا فارق حكم بيع المراجعة لأنه لا يتبين بالبائع مراجعة أن وطأه إياها كان في غير الملك ولأن ذلك في حكم جزء من العين أيضاً ولكن هو جزء وهو ثمرة لما لم يتمكن به نقصان في العين وذلك لا يمنع بيع المراجعة عندنا فإنه لو تناول لبن الشاة وأعطىها بقدره كان له أن يبيعها بمراجعة وهذا بخلاف وطء الزوج إياها عند المشتري لأن ذلك حصل بتسليط البائع وإيجابه له بالنكاح فيجمل كفعل البائع بنفسه بخلاف ما إذا كانت بكرًا فإنه بالنكاح يوجب الوطء للزوج لصفة البكارة فيصير أصل الوقت مضافاً إلى البائع ولكن بزوال صفة البكارة لا يصير مضافاً إلى البائع فكانها ذهبت إلى المشتري من غير صنع أحد أو بصنع إنسان بأصبع أو خشبة. وذلك يمنع المشتري من ردّها وكذلك وطء البائع قبل التسليم فثبوت الخيار للمشتري وسقوط شيء من الثمن إذا كانت بكرًا باعتبار صفة البكارة دون الوطء وهذا لأن المستوفي بالوطء في حكم جزء هو ثمرة كما بيناه. وذلك لا يوجب الخيار للمشتري كتناول الثمار واللبن إلا أن ذلك مال متقوم فيقاله جزء من الثمن إذا صار مقصوداً يتناول البيع وهذا الجزء ليس بمال

متقوم ألا ترى انه يملك بالنكاح والمملوك بالنكاح ليس بمال فلا يقابله شيء من الثمن ثم المبيعة قبل التسليم في ضمان البائع وفي حكم الوطء انما تصير مملوكة للمشتري بالقبض فان الوطء تصرف وملك التصرف يثبت للمشتري بالقبض ولهذا لا يجتزأ بالحليضة التي توجد قبل القبض من استبراء المشتري فهذا لم يوجب العقد على البائع اذا وطئها وسنقرر لأبي حنيفة الكلام في موضعه إن شاء الله تعالى وهذا بخلاف الاستخدام فالمنفعة ليست في حكم جزء من العين ولكنها أعراض تحدث شيئا فشيئا وهو يتبدل ويجوز استيفاؤها في عين الملك واستيفاؤها بخلو عن عقوبة أو غرامة فأكثر ما فيه انه يتبين بالرد انه استخدمها في غير ملكه وذلك لا يوجب عليه شيئا فهذا لا يمنع الرد بسبب الاستخدام بخلاف الوطء اذا ثبت انه لا يمكنه ردها بالعيب قلنا يرجع بحصة العيب من الثمن لان الجزء الفائت صار مستحقا بالعقد للمشتري وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصة من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن فطريق معرفة ذلك ان يقومها وبها العيب ويقومها ولا عيب بها فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن الا ان يقول البائع ردها علي فانا أرضى بذلك فينذيردها لان المانع من الرد حقه وقد زال حين رضي به * ولولم يطأها ولكن حدث بها عيب عند المشتري ووجد بها عيب لم يرددها عندنا وقال ابن أبي ليلى يرددها ويرد معها نقصان العيب الحادث عنده لان رد البذل عند تعذر رد العين بمنزلة رد العين ولكننا نقول حق الرد للمشتري انما ثبت لدفع الضرر عن نفسه وانما يدفع الضرر عن نفسه بطريق لا يلحق الضرر فيه بالبائع وبعد ما تعيب عنده لوردها كان في ذلك الحاق الضرر بالبائع ولا يقال لا بد من الحاق الضرر باحدهما فيترجع جانب المشتري في دفع الضرر عنه لان البائع دلس له العيب والمشتري صار مغرورا من جهته وهذا لان الشرع ينظر لهما جميعا والضرر عن المشتري يندفع اذا أثبتنا له حق الرجوع بحصة العيب من الثمن فان لم يندفع فذلك لعجزه عن الرد كما قبض لا لتصرف مباشره البائع ولورده تضرر البائع بتصرف مباشره المشتري وهو ردها عليه فكان مراعاة جانب البائع أولى من هذا الوجه واذا لم يرددها رجع بنقصان العيب من الثمن كما بينا إلا ان يرضى البائع بان يرددها عليه لان المانع من الرد حق البائع وقد رضي بالتزام هذا الضرر * قال (فان باعها المشتري بعدما رأى العيب بها وقد وطئها

أو تعبت عنده لم يكن له أن يرجع على البائع) بنقصان عيبها لأن البائع يقول أنا أقبلها فإنما
تعذر الرد ببيع المشتري إياها بعد العلم بالعيب وذلك يمنع من الرجوع بحصة العيب
والاصل في جنس هذا أن في كل موضع يجوز ردها برضا البائع فإذا باعها المشتري لم يكن
له أن يرجع بنقصان عيبها وفي كل موضع لم يكن له أن يردّها وإن رضي البائع فيعده إياها
لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب لأن تعذر الردها بمعنى حكمي دون بيع المشتري إياها وفي
الاول إنما تعذر الرد ببيع المشتري إياها فكأنه حبسها عنده وأراد الرجوع بنقصان العيب
وعلى هذا لو اشترى ثوبا فقطعه ولم يخطه حتى رأى به العيب ثم باعه لم يكن له أن يرجع
بنقصان العيب لأن بعد القطع يجوز رده إذا رضي به البائع وإنما تعذر الرد ببيع المشتري
إياه ولو قطعه وخطه ثم رأى به العيب فباعه كان له أن يرجع بنقصان العيب لأن الرد كان
متمذرا قبل البيع وإن رضي به البائع بصفة الخياطة التي أحدث المشتري فيه وكذلك لو اشترى
ثوباً فصنعه بمصفر أو زعفران ثم وجد به عيباً فباعه رجع بنقصان العيب لأن الرد كان متمذراً
قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من ملك المشتري ولو صبغه اسود فكذلك الجواب عند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن السواد عندهما زيادة وعند أبي حنيفة السواد نقصان
كالقطع فإنما تعذر الرد ببيعه إياه فلا يرجع بنقصان العيب وقد ذكرنا هذا في كتاب النصب
• قال (ولو وطئها غير المشتري بزنا لم يردّها المشتري بالعيب لحدوث العيب بها عنده بالزنا
فالزنا عيب في الجارية ولكنه يرجع بنقصان العيب إلا أن يقول البائع ردها علي وهذا بخلاف
ما إذا جنى عليها أجنبي فالجناية توجب الارش والارش زيادة منفصلة متولدة من العين
حكماً وذلك يمنع ردها بالعيب عندنا وإن رضي البائع بذلك على ما يذكره وأما الزنا فلا
يوجب إلا الحد ووازن الارش النكاح فإن المشتري لو زوجها فوطئها الزوج أو لم يطأها
ثم وجد بها عيباً لم يكن له أن يردّها به لمكان المهر الذي وجب بالنكاح للمشتري وكذلك
لو وطئت بالشبهة وأخذ المشتري المقدر لم يردّها بالعيب بعد ذلك وإن رضي البائع به ولكن
يرجع بنقصان العيب لأن الرد قد تعذر فيدفع الضرر عن المشتري برد حصة العيب من الثمن
عليه وكل عيب وجده المشتري في السلعة فمرضاها بعد ما رآه على بيع أو اطمأ أو قبلها أو لمساها
بشهوة أو أجرها أو رهنها أو كاتبها فذلك رضا منه بالعيب وليس له أن يردّها ولا يرجع
بنقصان عيبها لأنه يرضها على البيع لحاجته إلى ثمنها وذلك دليل الرضا منه بسقوط حقه من

التمن المدفوع الى البائع ودليل الرضا كصريح الرضا وأما الوطن ودواعيه فلا يحل الا في الملك المتقرر فاقدامه عليه دليل الرضا بتقرر ملكه فيها ولو وجد ذلك قبل العلم بالعيب امتنع ردها بالعيب كان هذا في القياس رضا فبعد العلم بالعيب أولى الا أن قبل العلم بالعيب لم يصير هو راضيا بالعيب فيرجع بالنقصان وبعد العلم بالعيب يصير هو بالاقدام على هذا الفعل راضيا بالعيب ولا يرجع بالنقصان وأما الإجارة والرهن فلانه أوجب هذا التصرف للغير فيها حقاً لازماً وذلك يمجزه عن ردها فالإقدام عليه دليل الرضا بالعيب والكتابة توجب لها حقاً لازماً في نفسها وذلك يمجزه عن ردها فالإقدام عليه دليل الرضا بالعيب ودليل الرضا فيما يسقط الخيار كصريح الرضا قال (ولو استخدمها بعد العلم بالعيب كان هذا في القياس رضا) لانه يستخدمها لملكه فيها فالإقدام عليه دليل الرضا ويتقرر ملكه وفي الاستحسان هذا لا يكون رضا بالعيب لان الناس قد يتوسعون في الاستخدام فقد يستخدم الإنسان ملك غيره بأمره وبغير أمره وانما يستخدمها للاختبار انها مع هذا العيب هل تصلح لخدمته ام لا فكان ذلك اختبار الاختيار ولو كان ثوباً فلبسه فهو رضا منه لانه تصرف بحكم الملك وقلم يفعله الإنسان في ملك غيره فيكون ذلك منه دليل الرضا فيتقرر ملكه وكذلك ان كانت دابة فركبها غير أني استحسن اذا ركب الدابة ليعلقها أو ليسقيها أو ليردها ان لا يكون هذا رضا منه لانه يحتاج في ردها الى سوقها وربما لا تنقاد له ما لم يركبها وكذلك في سقيها وعلقها فالركوب لاجله لا يكون دليل الرضا منه وانما دليل الرضا أن يركبها في حاجة نفسه أو يسافر عليها قال (واذا ولدت الجارية عند الرجل أو وطئها ثم باعها وكم ذلك فليس للمشتري أن يردها) لان هذا ليس بعيب لازم لان العيب ما يعمده التجار عيباً أو يؤثر نقصاناً في المالية وصفة الثبوت لا يعمدها التجار عيباً فالجوارى عليها في أغلب أحوالهن والبكارة صفة زائدة لا تستحق الا بالشرط والولادة كذلك فالتقصان الممكن فيها بسببها يزول بمضي المدة وبعد زواله لا أثر له في مالية العين فلا يعمده التجار عيباً وفي كتاب المضاربة يقول الجارية اذا ولدت فهذا فيها عيب لازم أبداً فالمشتري ان يردها اذا علم بذلك لانه يدخل عليها بالولادة كسر لا يرتفع ويظهر ذلك في عكن بطئها ولا بأس بأن يبيعها مرا بحة بعدما وطئها ان لم يكن الوطء نقصاً لان المعتبر في بيع المرا بحة عرف التجار وهم لا يمدون هذا من الخيانة ولان المستوفي بالوطء ليس بمال وبيع المرا بحة يلاقي

ماليتها فاستيفاء ما ليس بمال منها اذا كان لا يوجب النقصان في ماليتها لا يتم في بيع المراجعة بخلاف ما اذا كانت بكرأ فان الوطء في هذه الحالة يؤثر نقصاناً في ماليتها والنقصان فيها اذا كان بفعل المشتري فذلك يمنعه من أن يبيعها مرابحة * قال (واذا اشترى جارية فأعتقها أو دبرها أو ولدت له ثم وجد بها عيباً فليس له ان يردّها) لبطان ملكه فيها وخروجها من أن يكون محلاً للنقل من ملك الى ملك وفي القياس ليس له أن يرجع بنقصان العيب لان تعذر الرد كان بفعل المشتري فهو كما لو قبلها وهذا لانه لما اكتسب سبباً يتعذر الرد فيه كان حابساً لها حكماً فكانها في يده يحبسها ويريد الرجوع بنقصان العيب وفي الاستحسان يرجع بنقصان عيبها لان ملكه تقرر فيها بما صنع أما التدبير والاستيلاء فلا يزيل الملك ولكنها تخرج من أن تكون محل النقل من ملك الى ملك وأما العتق فهو منه للملك لان الملك في الآدمي الى وقت العتق والشئ ينتهي بمضي مدته والتمتعي مقرر في نفسه ولهذا قلنا يثبت الولاء بالعتق والولاء أثر من آثار الملك فبقاؤه كبقاء أصل الملك فتى تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة أو حكماً يرجع بنقصان العيب لانه استحق ذلك الملك بصفة السلامة كما لو تعيب في يده * يوضحه أنها لو ماتت عنده رجع بنقصان العيب لانه بالمولت تنتهي مدة حياته والملك فيها باعتبارها فكذلك بالعتق ينتهي الرق والمالية فيها باعتبارها * وأما اذا قتلها فقد روي عن أبي يوسف انه يرجع بنقصان العيب أيضاً لان القتل موت بأجل فكانها ماتت حتف أنفها وفي ظاهر الرواية قال لا يرجع بعد القتل بنقصان العيب لان القتل فعل مضمون لو باشره في ملك الغير كان موجبا للضمان عليه وانما استفاد البراءة عن الضمان هنا للملكه فيها وذلك في معنى عوض سلم له فكانه باعها بخلاف العتق فانه ليس بفعل موجب للضمان على الإنسان في ملك الغير على الاطلاق لان عتقه في ملك الغير لا ينفذ ومن أحد الشريكين وان نفذ فلا يتعلق به الضمان مطلقاً حتى اذا كان معسراً لم يضمن شيئاً فهو لم يستفد عوضاً عن ملكه حقيقة وحكماً وكذلك ان ماتت لانه لم يوجد منه فعل مضمون فيها أما اذا باعها ثم علم بالعيب فيها لم يرجع بنقصان العيب لانه لو خاصم انما يخاصم في عيب ملك الغير ولانه نال العوض حيث باعها بصفة السلامة ولان البيع والتسليم فعل مضمن في ملك الغير فهو بمنزلة القتل والهبة والصدقة في هذا كالباع لانه أوجب الملك فيها باختياره فيكون قاطعاً ملكه الذي استفاده من جهة

البائع فكان كالبيع ثم هذا فعل مضمون في ملك النير فانما استفاد البراءة عن الضمان باستتار ملكه فيها * قال (ولو باع منها بعضا لم يكن له ان يرد ما بقي عندنا وقال ابن أبي ليلى له ذلك إلا ان يشاء البائع أن يرد عليه نقصان العيب) لانه يتمكن من رد ما بقي ولكنه معيب بعيب الشركة ولو تعيب في يده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب الا ان يشاء البائع ان يقبلها معيبة فهذا مثله ولكننا نقول عجز عن رد الباقي على الوجه الذي قبض لانه قبض غير معيب وانما حدث عيب الشركة عنده وذلك بمنعه من الرد وسبب هذا كان بيع النصف ومتى كان تعذر الرد بسبب البيع فليس له ان يرجع بشئ من نقصان العيب كما لو باع الكل وعند زفر له أن يرجع بنقصان العيب في النصف الذي لم يبيع اعتبارا للبعض بالكل اذا لم يبع ولو كاتبها فالكسابة نظير البيع من حيث انه يوجب لها حقا بموض يستوجبه المولى عليها فلا يرجع بنقصان العيب بعد ذلك وكذلك لو أعتقها بمال فيما رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمهما الله لانه أزال ملكه عنها بموض فهو كالمالو باعها وفي رواية أخرى يرجع بنقصان العيب لان العتق منه للرق سواء كان بموض أو بغير عوض ألا ترى انه ثبت به الولاء في الموضعين جميعا ولو قتلها أجني لم يرجع بنقصان العيب على البائع لانه أخذ العوض من القاتل فكان ذلك بمنزلة عوض سلم له بالبيع وكذلك لو كان ثوبا فأحرقه أجني أو طعاما فأكله لانه قد سلم للمشتري العوض من جهته وكذلك ان كان المشتري هو الذي أحرقه لانه قد استفاد البراءة عن الضمان بسبب ملكه * قال (ولو لبس الثوب حتى تحرق أو أكل الطعام ثم علم بالعيب لم يرجع بشئ في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يرجع بنقصان العيب من الثمن استحسانا) لانه صنع بالبيع ما يشتري لاجله ويعتاد فعله به فلا يمنعه من الرجوع بنقصان العيب كما لو أعتق العبد وأبو حنيفة يقول ته نذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فلا يرجع بنقصان العيب كالأحراق والقتل وهذا لان اللبس والاكل موجب للضمان عليه في ملك النير وانما استفاد البراءة باعتبار ملكه في المحل فذلك بمنزلة عوض سلم اليه وكما ان الأكل واللبس مقصودان بالشراء فالمبيع مقصود بالشراء ثم لا يعتبر ذلك المعنى في إثبات حق الرجوع له بنقصان العيب لسلامة العوض له فكذلك الأكل وان أكل بمض الطعام ثم علم بالعيب فكذلك الجواب عند أبي حنيفة بمنزلة مالو باع البعض لان الطعام في الحكم كشيء واحد

فلا يرد بعضه بالعيب دون البعض * وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان فيما اذا
أكل البعض في احدى الروايتين يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام في
حكم شئ واحد يرد بعضه بالعيب وأكل الكل عندهما لا يمنعه من الرجوع بنقصان
العيب فأكل البعض أولى وفي الرواية الأخرى يرد ما بقي لان هذا مما لا يضره
التبعض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله وبعد بيع
البعض عنهما روايتان أيضا في احدى الروايتين لا يرجع بشئ كما هو قول أبي حنيفة
لان الطعام في حكم شئ واحد فيبيع البعض فيه كبيع الكل وفي الرواية الأخرى
يرد ما بقي لانه لا يضره التبعض ولكنه لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا باع اعتبارا
للبعض بالكل * قال (واذا طحن الخنطة أو لت السويق ثم علم بعيب به كان له ان يرجع
بنقصان العيب) لان الملك المستفاد له بالشراء باق وانما تعذر الرد لمكان الزيادة التي
هي غير متولدة من العين بمنزلة الثوب اذا قطعه وخاطه أو صبغه فله أن يرجع بنقصان
العيب * قال (واذا اشترى خفين أو نملين أو مصراعي باب فوجد في احدهما عيبا
فله ان يردهما جميعا) لانهما في الصورة شيان وفي المنفعة والمعنى كشيء واحد فانه لا يتأتى
الانتفاع المقصود باحدهما دون الأخرى والمعتبر هو المعنى وفي الشئ الواحد وجود
العيب بجزء منه ممكن من رد الكل لانه لو رد الميب خاصة لعاد الى البائع بعيب حادث
اذ التفريق بينهما يمنع الانتفاع وذلك عيب في كل واحد منهما فان كان قد باع الذي
ليس به عيب لم يكن له ان يرد ما بقي ولا يرجع بشئ كما في الشئ الواحد حقيقة
اذا باع بعضه أما اذا اشترى ثوبين أو عباين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد الميب
خاصة عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر له ان يردهما جميعا وليس له أن يرد احدهما
لان الصفقة واحدة وضم الجيد الى الرديء عادة معروفة ولو رد الميب تضرر البائع بذلك
فليس له ذلك الا أن يردهما جميعا كما في الفصل الأول ألا ترى انه في الرد بخيار الشرط
والرؤية ليس له ان يفرق بينهما وكذلك في الرد بالعيب قبل القبض فكذلك بعد
القبض ولكننا نقول الصفقة قد تمت بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة ثم علة الرد
العيب وذلك وجد في احدهما والحكم انما يثبت بحسب العلة ألا ترى أنه لو استحق
احدهما بعد القبض لم يتخير في الآخر فكذلك اذا وجد العيب في احدهما بخلاف

التعنين فهناك لو استحق احدهما كان له ان يرد الآخر لاتصال أحدهما بالآخر انتفاعاً
وبخلاف خيار الشرط والرؤية لان ذلك يمنع تمام الصفقة بالقبض وكذلك خيار العيب قبل
القبض لان الصفقة لا تتم قبل القبض وتفرق الصفقة قبل التمام لا يجوز ثم ان تضرر
البائع هنا من الوجه الذي ذكره زفر فكذلك من قبل تدليس فلا يعتبر في حق المشتري
وليس من ضرورة ثبوت الخيار له في احدهما ثبوته في الآخر كما لو سمي لكل واحد
منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه في احدهما بعينه * قال (واذا اشترى عبدا ثم باعه فرد
عليه بعيب بغير قضاء قاض فليس له ان يرده على بائعه بالعيب) لان هذا بمنزلة الإقالة فانه
حصل براضيهما والإقالة في حق البائع الأول بمنزلة بيع مبتدأ فلم يعد اليه الملك المستفاد
من جهة البائع الأول في حقه فلذا لا يخصه في عينه * قال (ولو قبله بقضاء قاض بينة
قامت عليه أو باباء اليمين أو باقرار عند القاضي انه باعه والعيب به وهو لا يعلم به كان له
ان يرده على الأول ان كان له على العيب بينة والا استحلفه) لان الرد عليه بقضاء القاضي
فسخ فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب دون ابتداء البيع فيعود اليه الملك المستفاد
من جهة البائع فهو على خصومته في العيب معه بمنزلة مال وهبه ثم رجع في الهبة إلا أن
في الرجوع في الهبة القضاء وغير القضاء سواء بخلاف الرد بالعيب وقد قررنا هذا الفرق في
كتاب الهبة * قال (ولو اشترى جارية ولها زوج أو عبدا وله امرأة فله أن يردهما
بالعيب) لان النكاح مما يمدد التجار عيبا في الفلام والجارية جميعا ولان المقصود بملك
الجارية الاستفراش وهذا المقصود يحتل اذا ظهر أنها منكوحة الغير وفي العبد بسبب
النكاح يلزمه نفقة امرأته وذلك ينقص من ماله فلهذا كان النكاح عيباً فيهما جميعا واذا
اشترى شاة أو بقرة فخلها وشرب اللبن ثم علم بعيبها لم يكن له أن يردها بالعيب ولكنه
يرجع بنقصان العيب عندنا وقال الشافعي يردها بالعيب بجميع الثمن والأصل أن الزيادة
نوعان متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان زيادة غير متولدة من العين كالصنع في الثوب
والسمن والعسل في السوق وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشتري في
مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هي متولدة من الأصل كالسمن وأنجلاء البياض من
المير و ثياب اللبس لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لانه لا معتبر بها في عقود
المعاوضات ألا ترى انها اذا حدثت قبل القبض لا يتغير حكم انقسام الثمن بسببها وقيل

على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله هذه الزيادة تمنع الرد بالعيب وعند محمد لا تمنع على قياس مسألة التحالف وقد تقدم بيانها وأما الزيادة المنفصلة فهي نوعان عين متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تسلم للمشتري به ورد الأثر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخراج بالضمان ثم الكسب والغلة بدل المنفعة وسلامة المنفعة للمشتري لا تمنع رد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك سلامة بدل المنفعة * وأما الزيادة المنفصلة التي هي متولدة من الأصل كاللبن والثمار والولد والعقد اذا وطئت الجارية بالشبهة والأرش اذا جنى عليها بعد ما قبضها المشتري فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا وعند الشافعي لا يمنع ولكن يرد الأصل بجميع الثمن والزيادة تسلم للمشتري لان هذه زيادة تملك بسبب ملك الأصل فلا يمنع رد الأصل بالعيب كالكسب والغلة وتأثيره انه لا يقابل هذه الزيادة شيء من الثمن لانها لم تكن موجودة لا عند العقد ولا عند القبض فكان جميع الثمن بمقابلة الأصل ألا ترى ان هذه الزيادة اذا هلكت من غير صنع أحد كان له أن يرد الأصل بالعيب بجميع الثمن فكذلك اذا كانت قائمة في يد المشتري أو استهلكها أو غيره وبهذا يتبين ان هذه الزيادة ليست بمبيعة لان المبيع ما يقابله الثمن فلو صارت هذه الزيادة مبيعة لقابلها شيء من الثمن كما قلتم في الزيادة الحادثة قبل القبض اذا قبضها المشتري مع الأصل والدليل عليه أنه لا يرد هذه الزيادة بعيب اذا وجد بها فلو صارت مبيعة لثبت فيها حكم الرد بالعيب ويجوز فسخ سبب الملك في الأصل مع بقاء الزيادة سالمة للمتملك كالموهوبة اذا زادت زيادة منفصلة ثم رجع الواهب فيها تبقى الزيادة سالمة للموهوب له ﴿ووجبنا﴾ في ذلك ان تملك المشتري في هذه الزيادة تملك مبيع فلو رد الأصل بجميع الثمن لبقيت الزيادة له مبيعاً بلا ثمن وذلك ريباً وبيان هذا انه لا سبيل لملك الزيادة سوى التولد من الأصل وانما يسرى اليها الملك الثابت في الأصل وملكه في الأصل مبيع لان هذا الملك يثبت له بالشراء وما ثبت فهو باق من غير دليل منفي حتى يقوم الدليل والدليل عليه ان باعتبار قيام ذلك الملك التصرف في العقد بالاقالة واذا ثبت ان ملكه في الأصل ملك مبيع فذلك الملك يسرى الى الزيادة لان المتولد من عين الشيء يكون بصفته ألا ترى ان ولد المكاتب وولد أم الولد من غير السيد يكون الملك فيه بصفة الملك في الأصل وبه

فارق الكسب والعلة لانه ملكه بسبب مبتدأ وما سرى اليه ملك الأصل ألا ترى ان كسب المكاتب لا يثبت فيه حكم الكتابة فاذا ثبت أن هذه الزيادة في حكم المبيع قلنا ليس بمقابلتها شيء من الثمن لانها بيع محض والثمن بمقابلة الأصل دون البيع كاطراف المبيع لا يقابلها شيء من الثمن الا ان يصير مقصودا بالتناول فكذلك الزيادة ان حدثت قبل القبض ثم قبضها المشتري مع الأصل صارت مقصودة بالتناول فيقابلها جزء من الثمن ومن ضرورة ذلك استحقاق صفة السلامة فيها فاذا وجد بها عيبا كان له أن يردّها بذلك وقبل القبض لما كان لا يقابلها شيء من الثمن كان ردّها مقصودا ولكن يردّها مع الأصل تبعا واما الزيادة الحادثة بعد القبض فلم تصر مقصودة بالتناول والقبض بحكم العقد فلا يقابلها ثمن فلهذا لا يكون له أن يردّها ولا يرد الأصل دونها بجميع الثمن لانها تبقى مبيعة سالمة للمشتري بغير عوض والربا ليس الا هذا ولهذا لا يملك ردّها وان رضي البائع لان تعذر الرد لحق الشرع ولهذا رجع بالنقصان وان باعها بعد العلم بالعيب لان الرد ممتنع لمكان الزيادة سواء رضي البائع بذلك أو لم يرض ولا يقال قبل رد الأصل الزيادة تسلم للمشتري مبيعا بلا ثمن فكذلك بعد رد الأصل لان قبل رد الأصل الزيادة تبع فتكون الزيادة بمقابلة الأصل يعني عن اعتبار الثمن بمقابلة المبيع فاذا تعذر رد الأصل بالعيب فقد انفسخ العقد فيه فالزيادة بعد ذلك لا تكون تبعا للأصل واذا صارت مقصودة ولا يقابلها ثمن كانت ربا ولهذا يرد الأصل بالعيب بعد هلاك الزيادة لان المانع زيادة كانت تبقي للمشتري مبيعا بلا ثمن وقد انعدم ذلك اذا هلك من غير صنع أحد وان استهلكها أجنبي غرم بدلها فسلامة البديل للمشتري كسلامة الأصل وان كان المشتري هو الذي استهلكها فلا نه حابس لها باستهلاكه أو لانه استفاد البراءة عن الضمان بملكه فيها وذلك بمعنى عوض سلم اليه منها فنفعة ذلك من ردّها بالعيب بخلاف الموهوبة لان بعد الرجوع في الأصل هناك الزيادة تبقى للموهوب له بغير عوض والأصل كان سالما له موهوبا بغير عوض ولم يكن له ذلك ربا فكذلك الزيادة وهذا لان حكم الربا انما يثبت في المعاضات دون التبرعات * قال (واذا اشترى عبدا فوجده مخنثا أو سارقا أو كافرا له ان يردّه) والأصل ان مطلق العقد يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من المداء بن خالد عبدا وكتب في عهده هذا ما اشترى محمد رسول الله من

المداة بن خالد بن هودة عبدا لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم من المسلم في هذا تنصيص على ان البيع يقتضى سلامة المبيع عن العيب وتفسير الداء بما رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله المرض في الجوف والكبد قال المرض ما يكون في سائر البدن والداء ما يكون في الجوف والكبد والرثة وفيما روى عن أبي يوسف قال الداء المرض والغائلة لا تكون من قبل الافعال كالاباق والسرقة والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون ثم المرجع في معرفة العيوب الى عرف التجار وفي كل شئ انما يرجع الى أهل تلك الصنعة فما يعدونه عيبا فهو عيب يرد به أو ما ينقص المالية فهو عيب لان المقصود بالبيع الاسترباح وذلك بالمالية فما ينقص المالية فهو يمكن خلافا للمقصود وذلك عيب يرد به واذا وجد العبد مختافا هذا مما يعمده التجار عيبا فيمكن نقصانا في ماليته وفيما هو المقصود بملك العبد وهو الاستعمال في الأعمال الشاقة وكذلك ان وجده سارقا فان ذلك يخل بمقصوده لانه لا يمكنه استخدامه اذلا يأتئنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله عليه آناه الليل والنهار وان سرق مال الغير يقطع بسببه وكذلك ان وجده كافرا كان له أن يردده اذلا عيب تبلغ درجته درجة الكفر وهذا لانه ربما يحتاج الى استخدامه في الأمور الدينية نحو اتخاذ الماء لطهوره وحمل المصحف اليه والكافر نجس لا يؤدى الأمانة في الأمور الدينية ولو اشتراه بشرط انه كافر فوجده مسلما لم يكن له ان يردده عندنا وقال الشافعى له أن يردده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في المحقرات من الأمور ولا يستخير من نفسه أن يستخدم المسلم في مثله فاذا فات عايه مقصوده يمكن من رده وأصحابنا رحمهم الله قالوا الكفر عيب فذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه التبرى من العيب فكانه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم وهذا لانه وجد أزيد مما شرط وثبت حق الرد لدفع الضرر عن نفسه فاذا وجده أزيد مما شرط فلا حاجة الى دفع الضرر عن نفسه بأبواب حق الرد له قال (وان وجد الغلام زانيا لم يكن له أن يردده بالعيب عندنا وقال الشافعى له ان يردده) لان عيب الزنا كعيب السرقة أو فوقة ألا ترى ان فى الجارية كل واحد منهما عيب فكذلك فى الغلام ولكننا نقول اشتراه على انه فحل فوجده أفحل ثم الذى به ليس الا تمنى الزنا فان تمنى الزنا معدوم فى حقه فان فعل الزنا لا يتهيأ للعبد الا بمال ولا مال له بخلاف الجارية ثم المقصود من العبد

الاستخدام في أمور خارج البيت وزناه لا يخل بمقصود المولى وأما في الجارية فالمقصود هو الاستفراش وزناها يخل بهذا المقصود فإنها تلوث عليه فراشه وقيل في الغلام إذا صار ذلك عادة له بحيث لا يصبر عنه فله أن يرده لأنه يتمكن الخلل في مقصوده فكما يوجهه في حاجته ذهب في متابعة هواه فهو كالسرقة فإنها تخل بالاستخدام من الوجه الذي قلنا وكذلك أن وجد العبد ولد زنا لم يكن له أن يرده لأن هذا لا يخل بمقصوده من الاستخدام ولأن أكثر المالك بهذه الصفة لا تعرف انسائهم فاما الجارية إذا كانت ولد زنا فله أن يردها لأن ذلك يخل بمقصوده منها وهو الاستيلاد فإن ولده يدير بامه إذا كانت ولد زنا وعلى هذا الغلام إذا لم يكن مختونا أو الجارية إذا لم تكن مخفوضة ففي الحلية من دار الحرب هذا لا يكون عيبا لأننا نعلم أنهم لا يفعلون ذلك وفي المولد لا يكون عيبا في الصغير أيضا ويكون عيبا بعد البلوغ لأن المولد في دار الاسلام لا يترك كذلك حتى يبلغ والتجار يمدون ذلك عيبا في المولد * قال (والثؤلول عيب إذا كان ينقص الثمن وإن كان لا ينقصه فليس بعيب) لأنه لا يخل بالمقصود فيعتبر نقصان المالية بسببه وإخلال كذلك فقد يكون الخلل رتبة لا تنقص من المالية وهو ما إذا كان على الخلد وقديشينه إذا كان على رأس الارنبه وذلك ينقص من المالية فلماذا يعتبر فيه أن ينقصه من الثمن * قال (والصهوبه في الشعر عيب) لأن التجار يمدونه عيبا وكذلك الشمط فإن الشمط في أوانه من المحرم والمهرم عيب وفي غير أوانه ومن داء في الباطن وهو عيب ثم اللون المستوى للشعر السواد فاسوى ذلك إذا كان ينقص من الثمن ويمده التجار عيبا ثبت به حق الرد قال والبخر عيب في الجارية وليس بعيب في الغلام إلا أن يكون من داء وهو تنن الثم وهذا يخل بما هو المقصود من الجارية وهو الاستفراش ولا يخل بما هو المقصود من الغلام لأنه يستخدمه بالبعد من نفسه إلا أن يكون من داء فالداء نفسه عيب * قال (والذفر كذلك وهو تنن الإبط وهو يخل بالمقصود من الجارية دون الغلام إلا أن يكون فاحشا لا يكون في الناس مثله فهذا يكون لداء في البدن وهو ينقص الثمن قال. والبجر عيب وهو انتفاخ تحت السرة وبه سمي بعض الناس ابجر وهو يكون لداء في البدن ويمده التجار عيبا والادرة عيب وهي عظم الخصىتين وإنما يكون ذلك لداء في البدن وفي بعض النسخ الآذن عيب وهو الذي يسيل من منخره الماء ومنه قول القائل

وترى الذين على مناخرهم * يوم الهياج كما ترى النمل

وذلك يستفذر منه ولا يكون الا لدا في الدماغ والسر عيب وهو الذي يعمل بيساره ولا يستطيع ان يعمل بيمينه الا أن يكون اعسر يسر وهو الاضبط الذي يعمل باليسدين وقد كان عمر رضي الله عنه بهذه الصفة فحينئذ يكون زيادة وليس بعيب * قال (والعشي عيب) وهو ضعف في البصر حتى لا يبصر من شدة الظلمة أو شدة الضوء ومنه يسمى الاعشي * والعسم عيب وهو يوسة وتشنج في الاعصاب منه أصل العرج والسن السوداء عيب لانه لا ينتفع به وهو يشين صاحبه والسواد في السن دليل موت السن عند من يقول في السن حياة وكذلك السن الساقطة عيب ضررا كان أو غيره لانه ينقص من الثمن ويمده التجار عيبا ثم سقوط السن فيما لا يبدو منها كالطواحين ينقص من المنفعة وفيما يبدو منها كالضواحك وفي الأصل كالنواجد ينقص من الجمال ولهذا وجب الأرش اذا قلع من النير وأفسد المنيب * قال (والظفر الاسود عيب اذا كان ينقص الثمن) لانه ينقص من الجمال والسواد في الظفر دليل موته كما في السن وانما يشترط هذه الزيادة لان ذلك قد لا ينقص من الثمن فيمن هو اسود اللون كالجبشي وانما ينقص فيمن هو أبيض اللون كالأتراك واذا كان بحيث لا ينقص الثمن لا يثبت حق الرد به * والاباق مرة واحدة عيب من الصغير ما دام صغيرا فاذا بلغ فليس ذلك بعيب الا أن يابق بعد الكبر وهذا اذا كان بحيث يميز أما في الصغير جدا فهذا لا يكون عيبا لانه يضل ولا يابق والاباق يكون عن قصد منه وهو ليس من أهله ولكنه لا يهتدى الى بيت مولاه فيضل كالداية فلما اذا كان مميزا فالاباق والقصد الى ذلك يتحقق منه وهو عيب فيه ما لم يبلغ فاذا بلغ زال ذلك وان أبق بعد البلوغ مرة فهو عيب لازم أبدا والسرقة كذلك * قال (والبول في الفراش كذلك في حق الصغير جدا لا يكون عيبا) لانه يكون من أمثاله عادة * وأما الجنون اذا وجد مرة فهو عيب لازم أبدا سواء وجد في حالة الصغر أو بعد البلوغ والفرق أن سبب الجنون واحد لا يختلف بالصغر والكبر وهو آفة في العقل فاذا وجد مرة فآثره بقي فيه ما عاش وذلك يظهر في محاليق عينيه بمعرفة أهل البصر فيه وأما سبب الاباق والسرقة والبول في الفراش في حالة الصغر فمخالف لسبب هذه العيوب بعد البلوغ لان الاباق في الصغر سببه سوء الأدب وحب اللعب وسببه بعد البلوغ التمرد وقلة المبالاة بالمولى وكذلك السرقة

سببها قبل البلوغ قلة التأمل في عواقب الامور بسبب الصغر وبعد البلوغ سببها التمرد ولهذا لا يجب بها على الصبي ما يجب على البالغ وسبب البول في الفراش قبل البلوغ استرخاء في المثانة بسبب الصغر وسببه بعد البلوغ آفة في الآلة الماسكة فاذا وجد في حالة الصغر فهو عيب مادام صغيرا فاذا بلغ زال ذلك السبب فزال الحكم أيضاً فاذا وجد بعد البلوغ فهو عيب لازم أبدا لان التجار يعدونه عيبا فهو ينقص من المايه والاباق سوى المايه فيه حكما فكان من أخش العيوب * (قال والحبل في بنات آدم عيب) لانه ينقص المايه ويخل بالمقصود وليس بعيب في البهائم لانه يزيد في المايه * قال (والقرن عيب) وهو عظم في المائي يمنع الوصول اليها وبه قضى شريح رحمه الله قال اقمدها فان أصاب الارض فهو عيب * والرتق عيب وهو لحم في المائي يمنع وصول الواطئ اليها * والعفل عيب وهو ان يكون في المائي شبه الكيس لا يتلذذ الواطئ بوطئها وهذا كله يخل بالمقصود * قال (والبرص عيب) وهو معلوم يعمده التجار عيبا فينقص من المايه * قال (والجدام عيب) وهو قبيح تحت الجلد يوجد ثنته من بعد وربما تنقطع الاعضاء به وهو أخش العيوب قال صلى الله عليه وسلم فر من المجذوم فرارك من الاسد * قال (والفتق عيب) وهو ريج في المثانة ربما يهيج بالمرء فيقتله ولا يكون ذلك الا لداء في البدن * قال (والسلعة عيب) وهو القروح التي تكون في العتق ويسمى بالفارسية خوك وذلك لا يكون الا لداء في بدنه وربما يتلف بسببه وكل شئ ينقص الثمن في الرقيق والدواب فهو عيب لان المقصود في البيع الاسترباح فاي نقص من الثمن يكون خلافا للمقصود * قال (والكي عيب) لانه انما يفعل ذلك لداء في البدن الا أن يكون سمة في بعض الدواب فان كان من ذلك شئ لا يعمده التجار عيبا لا يرد به قال (والقدع عيب) وهو في الكف زين في الرسغ بينه وبين الساعد وفي القدم كذلك زين بينه وبين عظم الساق وفي الفرس هو التواء الرسغ عن عرضه الوحشى وهو الجانب الايمن * قال (والفحج عيب) وهو في الفرس تباعد ما بين الكمين والافخج من الادمى الذي تتداني صدور قدميه وتباعد عقباه وتنفج ساقاه * والدحس عيب وهو ورم يكون في اطراف حافر الفرس * قال (والصكك عيب) وهو ان يصطك ركبته قال أبو عمرو وأبو عبيد رحمهم الله الصكك في الرجلين في الكمين * قال (والحنف عيب) وهو اقبال كل واحد من الابهامين الى صاحبه وذلك ينقص من قوة المشى وقال ابن الاعرابي الاحنف الذي يمشى على ظهر قدميه * قال

والصدق عيب وهو التواء في أصل العنق قال (والشديق عيب) وهو وسع مفروط في النعم وفيه الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التشديق في الكلام وهو مما يعمده التجار عيباً ثم العيوب التي يطعن المشتري بها أنواع أربعة نوع منها يكون ظاهراً في موضع يراه القاضي وغيره ولا تسمع الخصومة في ذلك ما لم يره العيب لأن قيام العيب عند الخصومة شرط لتوجه الخصومة وحقيقة معرفة ذلك بالمعرفة ممكن فإذا رآه القاضي فإن كان عيباً لا يحدث مثله في مثل تلك المدة وقد علم القاضي وجوده عند البائع فيقضى بالرد إلا أن يدعى البائع أن المشتري علم به عند العقد ورضى به حينئذ يحلف المشتري على ذلك ثم يردده وإن كان شيئاً مما يحدث مثله في مثل تلك المدة فالقول قول البائع أن العيب لم يكن عنده لأن الحوادث إنما يحال بحدوثها على أقرب الأوقات ومن ادعى تأريخاً سابقاً فعليّه أن يثبت بالبينة فإن أقام المشتري البينة على أن العيب كان عند البائع قضى بالرد وإن لم يكن له بينة يحلف البائع ألبته بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب وإنما يذكر التسليم لجواز أن يكون العيب حدث بعد العقد قبل التسليم إلا أنهم قالوا النظر للمشتري ينعدم إذا استخلفه بهذه الصفة فإن العيب لو كان حادثاً بعد العقد وقبل التسليم كان للمشتري حق الرد والبائع بار في يمينه بأن العيب لم يكن موجوداً عند العقد فلا حوط أن يحلفه بالله لقد سلمه بحكم هذا العقد اليه ولم يكن به هذا العيب قال الشيخ الإمام عندى الأول أصح لأن البائع ينفي العيب عند البيع وعند التسليم ولا يكون باراً في يمينه إذا لم يكن العيب منتفياً في الحالين جميعاً وإنما يستخلف على الثبات لأن استخلافه على فعل نفسه وهو التسليم كالألتزمه بالمقد فإن نكل عن اليمين فنكوه له كإقراره وإن حلف انقطعت المنازعة بينهما ونوع من ذلك عيب لا يعرفه إلا الأطباء فعلى القاضي أن يريه مسلمين عدلين من الأطباء لأن علم ذلك عندهم وإنما يرجع إلى معرفة كل شيء إلى من له بصيرة في ذلك الباب كما في معرفة القيمة والأصل فيه قوله تعالى فاستلوا أهل الذكر أن كنتم لا تعلمون ولا بد من العدد في ذلك لأنه قول ملزم كالشهادة فإذا قال العيب موجود فيه وقالوا هو مما لا يحدث في مثل هذه المدة حكم بالرد بقولهما وإن قالوا قد يحدث ذلك حينئذ يحلف البائع كما بينا في الفصل الأول إلا أن يقيم المشتري البينة على إقرار البائع أن العيب كان عنده ونوع منه لا يعرفه إلا النساء بأن يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فالتقاضى

يربها النساء لان النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال والمرأة الواحدة تكفي لذلك بعد أن تكون حرة مسلمة فان كانتا اثنتين فهو أحوط وهذه المسئلة معروفة في الطلاق والشهادات فان أخبرت بوجود العيب توجهت الخصومة لظهور السبب في الحال بقولها ولكن لا يثبت الرد بقول النساء وان كان ذلك بما لا يحدث في مثل تلك المدة لان هذه الزيادة يمكن الوقوف عليها لا من جهة النساء فلا يعتبر قول النساء فيها ولان شهادة النساء حجة ضئيفة لا يفصل الحكم بها مالم تتأيد بمؤيد وذلك بنكول البائع فيستحلف حتى اذا انضم نكول البائع الى شهادة النساء فسخ البيع وعن أبي يوسف انه يقضي بالرد بقول النساء لان شهادتهن فيما لا يطلع عليه الرجال كشهادة الرجال فيما يطلعون عليه وقاس بالمعنيين اذا ثبتت البكارة بقول النساء بعد مضي السنة فانه يفرق بينهما وقد بينا الفرق بين الفصلين في كتاب النكاح وعن محمد قال ان كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء وان كان بعد القبض لا يفسخ لان الحاجة الى نقل الضمان من المشتري الى البائع وشهادة النساء في ذلك ليست بحجة تامة * ونوع من ذلك ما هو حكى كالاباق والسرقه والبول في الفراش فان القاضي لا يسمع خصومة المشتري في ذلك مالم تقم البيينة على وجود العيب عنده لان قيام العيب في الحال شرط لتوجه الخصومة ولا طريق لمعرفة ذلك الا بالبيينة فان طلب المشتري يمين البائع على وجود ذلك العيب عنده فقد ذكر في الجامع أن على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يستحلف البائع بالله ما يعلم انه أبق عند المشتري أو سرق أو بال في الفراش وقد بينا هذا الفصل فيما أمليناه من شرح الجامع الكبير وان يثبت وجود العيب عند المشتري فان كان اشتراه وقبضه وهو صغير والخصومة بعد البلوغ لم تسمع الخصومة في ذلك لان العيب الذي كان عند البائع قد زال وهذا عيب حادث عند المشتري قال (وان كانت الخصومة في الصغر أو كان الشراء بعد البلوغ فالآن تسمع خصومة المشتري ويحتاج الى اقامة البيينة على الذي كان أبق عنده بعد ما بلغ قبل ثرائه فان لم يكن له بيينة يستحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه المشتري وما أبق ولا سرق ولا بال في الفراش منذ بلغ مبلغ الرجال وهذا استعلاف على الثبات لانه على التسليم الذي التزمه والميمن الأولى على العلم لانها على فعل الغير وفي ظاهر الرواية الجنون كذلك الا ان في الجنون يستحلف بالله لقد باعه وسلمه وما جن قط لما بينا ان الجنون اذا وجد مرة في

العصر أو الكبر فهو عيب لازم أبدا وبسبب التأخرين من مشايخنا رحمهم الله قالوا في
الجنون لا يشترط عوده عند المشتري لتوجه الخصومة لأن أثر ذلك الذي كان قائم فيه
على ما بيننا فالجنون بعد انقلاعه يعقب أثرا يظهر ذلك في جماليق عينيه وذلك يكفي لتوجه
الخصومة بخلاف الأباقي والسرقة والبول في الفراش فإنه ليس لما قد كان أثر في العين
فلا بد من عوده عند المشتري لتوجه الخصومة * قال (وان طلب البائع يمين المشتري بالله
ما رضى باليب من دعلم به ولا عرضه على بيع حلقه على ذلك) لأنه ادعى عليه مالو أقر به
لزمه فإذا أنكر يستحلف عليه لرجاء نكوله * (قال والعزل عيب) وهو أن يمزل ذنبه في أحد
الجانبين وذلك يكون عادة لاخلقة وإنما يفعل ذلك إذا راث وربما يحول الذنب من جانب
إلى جانب حتى يلطخ وركيه بالروث وذلك ليتقذر ويعد عيبا رديا * قال (والمشش عيب) وهو
شيء يشخص في وظيفه حتى يكون له حجم ليس له صلاحية العظم قال الوظيف مستدق الساق
قال (والحرد عيب) وهو كل ما حدث في عرقه به من تزيد أو انتفاخ عصب قال (والزوائد
عيب) وهو أطراف عصب يتفرق عند العجانة وينقطع عندها ويلصق بها * والحرن عيب
فمنهم من يقول الخزر وهو ضيق مفروط في المين والأظهر هو الحرن فإنه ذكر في جملة
عيوب الفرس وهو أن لا يتقاد للراكب عند المطف والسير وهو نوع من الجمع والجمع عيب
يحل بالمقصود وخلق الرأس عيب * وهو أن يكون به حيلة يخلع رأسه من العذار وأن شد عليه
وهو مما يعد عيبا وربما بطل سببه وبطل المخلاة عيب إذا كان ينقص الثمن وهو أن يسيل
لأب الفرس على وجهه تبطل المحلاة به إذا جعلت على رأسه وفيها علفه وقيل أن يأخذ المخلاة
بشفثيه فيرمي بها وهذا نوع من الجمع فهو عيب إذا كان ينقص الثمن والمهقوع عيب والمهقعة
دائرة في عرض زوره يعد عيبا ويتشام بهومنه يقال اتق الخيل المهقوع * والانتشار عيب
وهو انتفاخ المصعب عند الاتعاب والمصعب الذي ينشر هي العجانة وتحرك السطا كانتشار
المصعب غير أن الفرس لا انتشار المصعب أشدا احتمالا منه لتحرك السطا * والغرب عيب وهو
ورم في الملق وربما يسيل منه شيء حتى قال محمد إذا كان ذلك سائلا فصاحبه في حكم الطهارة
كصاحب الجرح السائل * والشر عيب وهو انقلاب في الاجفان وبه كان يسمى الاشترا
وهذا يمكن ضمنا في البصر * والحول عيب فإنه يمكن ضمنا في البصر حتى يرى الأحوال
الشيء الواحد شيئين والحوص والقتل عيب وهو نوع من الحول إلا أنه إذا كان يعمل إنسان

العين الى الجانب المتقدم يسمى فتلا واذا كان الى الجانب المؤخر فهو الخوص * والظفر عيب
 * هـ: يبيض يبدو في إنسان العين يسمى بالفارسية باحسه وذلك يمكن ضعفا في البصر وربما
 يمنع البصر أصلاً * والشعر في جوف العين يكون عيباً لانه يضعف البصر * والجرب عيب
 سواء كان في العين أو في غير العين لان الجرب في العين يمكن ضعفا في البصر وفي غير
 العين يكون لداء في البدن * وكذلك الماء في العين عيب لانه يضعف البصر * وريح السبل
 عيب فانه يضيف البصر وربما يذهب به * والسعال القديم عيب اذا كان من داء اما القدر
 المعتاد منه فلا يمد عيباً فاذا كان قديماً فذلك من داء في البدن والداء نفسه عيب *
 والاستحاضة عيب لان الاستحاضة لداء في البدن ثم سيلان الدم اذا كان مستداماً
 فربما يصيبها ويقتلها * والتي يرتفع حيضها زماناً عيب لان ذلك لا يكون الا من داء في
 البدن ومنه يكون مواد المرض للمرأة فان الرطوبة اذا كانت تسيل منها في وقتها تكون
 صحيحة البدن واذا لم تسل اصفر لونها ولائها اذا كانت لا تحيض فانها لا تجبل أيضاً
 فمرنا انه يحل بما هو المقصود منها * واذا اشترى عبداً عليه دين لم يعلم به ثم علم بذلك فله
 ان يردّه لان قيام الدين عليه مما يمدّه التجار عيباً وتكون ماليته مشغولة بحق الغرماء فهو
 عيب حكى كيب النكاح الا أن يقضى عنه البائع دينه أو يرثه الغرماء منه فبذلك
 يزول العيب وزوال العيب قبل الخصومة يسقط حق المشتري في الرد اما اذا علم بالدين
 ثم اشتراه هل له أن يردّه عند محمد لا استدلالاً بسائر العيوب وعند أبي يوسف له أن
 يردّه كما اذا كان مستحقاً وهو عالم به له أن يردّه كذلك هنا * واذا اشترى جارية فوجدها
 محرمة فليس ذلك بعيب لان له أن يحللها عندنا وقال زفرليس له أن يحللها ولكنه يردّها
 بالعيب لانها دخلت في ملكه وهي بهذه الصفة فلا يكون له أن يحللها كمالوا اشتراها
 وهي منكوحة لا يكون له أن يفسخ النكاح ولكنه يردّها بالعيب ولكننا نقول المشتري
 قائم فيها مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فاذا كانت أحرمت بغير اذنه حللها من غير
 كراهة واذا كانت أحرمت باذنه فله أن يحللها وان كان ذلك مكروهاً لما فيه من
 خلف الوعد فكذلك المشتري ولا يكره ذلك للمشتري لان خلف الوعد لا يوجد منه
 بهذا وبه فارق النكاح هناك لم يكن للبائع أن يفرق بينهما بعد صحة النكاح فكذلك
 للمشتري وهذا لان لزوم النكاح لحق الزوج وقد كان مقدماً على حق المشتري فاما

لزوم الاحرام فلحق الشرع وحق الادى فى المحل مقدم فلهذا كان للمشتري ان يحللها واذا تمكن من ازالة العيب فليس له ان يردهابه * وان كانت فى عدة من زوج فان كان الطلاق رجعيا وله ان يردھا كان النكاح قائما والزوج يستند بالرجعة الا اذا انقضت العدة قبل الخصومة حينئذ لا يردھا لزوال العيب * وان كانت العدة من طلاق بائن أو موت فليس هذا بعيب لان هذا بمالا يمدد التجار عيبا فالعيب هو النكاح وقد انقطع والحرمة بهذا السبب نظير الحرمة بسبب الحيض كما أن ذلك لا يكون عيبا فهذا مثله * واذا وجد بالجارية عيبا فاراد أن يردھا فقال البائع ما هذه بجارىتى فالتقول قوله مع يمينه لان العيب لا يمنع تمام القبض والرد بحكمه لا ينفرد المشتري به من غير قضاء ولا رضا فالمشتري يدعى ثبوت حق الرد له فى هذا المحل والبائع ينكر والتقول قوله مع يمينه بخلاف ماسبق من خيار الشرط والرؤية * وان اشتراها على أنها بكر فقال وجدتها ثيبالا يصدق على ذلك الا بيينة لان البكارة فى النساء أصل فالمشتري يدعى عارضا ليثبت لنفسه حق الرد به فهو بمنزلة دعوى العيب فلا يصدق عليه الا بيينة * قال واذا اشترى جوزا أو ييضا فوجده فاسدا كله وقد كسره فله ان يردّه ويأخذ الثمن كله أما البيض فالفاسد منه ليس بمال متقوم اذ هو غير متنع به ولا قيمة لقشره فتبين ان أصل البيع كان باطلا وأما الجوز فالمقصود منه اللب دون القشر ولا قيمة لقشره فى المواضع التى يكثر فيها الحطب وفى المواضع التى ينذر فيه الحطب فان كان لقشره قيمة لكن مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون القشر فاذا كان حادثا أو منتن اللب لا يصلح للانتفاع به فكان البيع باطلا فأما اذا كان قليل اللب أو اسود اللب فهذا بمنزلة العيب فاذا وجده كذلك بعد الكسر رجع بنقصان العيب من الثمن عندنا وقال الشافعى يردّه وكذلك البطيخ والقرع والفاكهة اذا وجدها فاسدة كلها بعد ما يكسرها فان كانت لا تساوى شيئا رجع بجميع الثمن لانه تبين بطلان البيع وان كانت بحيث يأكلها بمض الناس أو تصلح للاف الدواب يرجع بحصة العيب من الثمن عندنا وقال الشافعى له ان يردّه لانه لا يتمكن من الرد الا بعد العلم بالعيب ولا طريق له الى معرفة العيب سوى الكسر ولا يصير ذلك مانعا حقه فى الرد وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب بحسب الامكان والبائع هو الذى سلطه على الكسر فكانه فعل ذلك بنفسه ولكننا نقول الكسر عيب حادث بفعل المشتري

وذلك يمنعه من الرد كما لو تعيب المبيع بعيب آخر وهذا لان الرد لدفع الضرر عن المشتري وانما يتمكن منه على وجه لا يلحق الضرر بالبائع ثم مراعاة جانب البائع أولى فان حق المشتري لا يبطل أصلاً ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن والضرر الذي يلحق البائع بالرد لا يمكن دفعه بموض فهذا رجحنا جانبه وهذا اذا وجد الكل فاسداً فان وجد البعض بهذه الصفة فالكلام في حصة ذلك كالكامل اذا وجد فاسداً الا ان في الجوز اذا كان الفاسد منه مقدارا مالا يخلو الجوز منه عادة كالواحدة والاثنين في كل مائة فليس له ان يخصم البائع لأجله لانه عند الاقدام على الشراء راض به على الوجه المعتاد والجوز في العادة لا يخلو عن هذا فلا يخصم فيه لأجل ذلك * قال واذا اشترى عبداً قد حل دمه بقصاص أو ردة قتل عند المشتري رجع على البائع بالثمن كله في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يقوم حلال الدم وحرام الدم فيرجع بتفاوت ما بين القيمتين من الثمن لان العبد بعد ما حل دمه مال متقوم وحل الدم عيب فيه ومن اشترى شيئاً معيباً وتعدر عليه رده بعد ما قبضه رجع بحصة العيب من الثمن كما لو كان زانياً فجحد عند المشتري ومات وبيان الوصف أن يبيع حلال الدم صحيح وبالقبض ينتقل الى ضمان المشتري بدليل أنه لو مات كان الثمن متقدراً على المشتري ولو تصرف فيه المشتري نفذ تصرفه فيه ولو كان عالماً حين اشتراؤه أنه حلال الدم لم يرجع بشيء فعرفنا أن حل الدم عيب فيه (يوضحه) ان البيع يرد على محل غير مستحق بسبب حل الدم فالمستحق به النفس وانما يملك بالبيع المالية وعمل الدم لا يعدم المالية ولا يصير يستحقه وانما تلفت المالية باستيفاء القتل وذلك فعل أنشاء المستوفى باختياره بعد ما دخل المبيع في ضمان المشتري بخلاف ما اذا استحق المبيع بملك أو حق رهن أو دين لان المستحق هناك ما تناوله البيع فينقص به قبض المشتري من الأصل وفي الكتاب استدلل بمالو اشترى حاملاً وقبضها فولدت وماتت في نفاسها لم يرجع بجميع الثمن وان كان أصل السبب في يد البائع وعنكم أن الغالب في الولادة السلامة يشكك على أصل أبي حنيفة بالجارية المنصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب فماتت في نفاسها يرجع المنصوب منه على الغاصب بقيتها وفي هذا الفرق نوع تناقض وأبو حنيفة يقول زالت يد المشتري عن المبيع لسبب كانت الازالة مستحقة في يد البائع فيرجع بالثمن كما لو استحقه مالك أو مرتهن أو صاحب دين وهذا لان الازالة

لما كانت مستحقة قبل قبض المشتري ينتقض بها قبض المشتري من الأصل فكأنه لم يقبضه وإنما قلنا ذلك لأن القتل بسبب الردة مستحق لا يجوز تركه وبسبب القصاص مستحق في حق من عليه إلا أن ينشئ من هو له عفووا باختياره والبيع وإن كان يرد على المالية ولكن استحقاق النفس بسبب القتل والقتل متلف للمالية في هذا المحل فكان في معنى علة العلة وعلة العلة تمام مقام العلة في الحكم فمن هذا الوجه المستحق كانه المالية ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية والنفسية مستحقة بالسبب الذي كان عند البائع فيجمل ذلك بمنزلة استحقاق المالية لأن ما لا يفصل عن الشيء بحال فكأنه هو ولا تصور لبقاء المالية في هذا المحل بدون النفسية إلا أن استحقاق النفسية في حكم الاستيفاء قسط وانقضاء البيع صحيحاً وراء ذلك وإذا مات في يد المشتري فلم يتم الاستحقاق في حكم الاستيفاء فهذا هلك في ضمان المشتري وإذا قبل فقدم ذلك الاستحقاق ولا يبعد أن يظهر الاستحقاق في حكم الاستيفاء دون غيره كملك الزوج في زوجته وملك من له القصاص في نفس من عليه القصاص لا يظهر إلا في الاستيفاء حتى إذا وطئت المنكوحة بالشبهة كان المهر لها وإذا قتل من عليه القصاص إنسان فالدية تكون لورثته دون من له القصاص وهذا بخلاف الزنا وزنا العبد لا يصير نفسه مستحقة وإنما المستحق عليه ضرب مؤلم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل وإذا اشتراه وهو لم يحل دمه فني أصبح الروايتين عن أبي حنيفة يرجع بالثمن أيضاً إذا قتل عنده لأن هذا بمنزلة الاستحقاق وفي الرواية الأخرى لا يرجع لأن حل الدم من وجهه كالأستحقاق ومن وجهه كاليبس حتى لا يمنع صحة المبيع فله بالاستحقاق قلنا عند الجمل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه باليبس قلنا لا يرجع عند العلم بشيء لأنه إنما جعل هذا كالأستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به وأما الحامل فهناك السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الأم بل الغالب عند الولادة السلامة فهو نظير الزاني إذا جلد وليس هذا كالنصب لأن الواجب على الناصب فسخ فعله وهو أن يرد المنسوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملاً وهنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما أوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم إن تلف بسبب كان الهلاك مستحقاً به عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وإن لم يكن مستحقاً لا ينتقض قبضه فيه وعلى هذا الأصل لو كان العبد سارقاً فقطعت يده عند

المشتري رجع بحصة العيب من الثمن عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله بأن يقوم سارقا وغير سارق وعند أبي حنيفة يرجع بنصف الثمن لأن قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الآدمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيكون المشتري بالخيار أن شاء رجع بنصف الثمن وأن شاء رد ما بقي ويرجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع * وإن مات العبد من ذلك قبل أن يردده لم يرجع الا في نصف الثمن لأن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع ألا ترى أن على الامام أن يتحرز عن السراية بأن لا يقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد وأن يحسم بعد القطع قبض المشتري لا ينتقض في النصف الباقي وإن سري * قال وإن اشترى جارية وعبدا فزوجهما ثم وجد بهما عيبا لم يكن له أن يردهما لأن النكاح فيها عيب حادث عنده فإن أبانها ولم يكن دخل بها كان له أن يردهما لزوال العيب الحادث عنده ولم يجب المهر بهذا النكاح فإن المولى لا يستوجب على عبده دينا * قال وإذا شهد شاهد أنه اشترى هذا العبد وهذا العيب به وشهد آخر على اقرار البائع به لم تجز الشهادة لاختلاف الشاهدين في المشهود به فأحدهما يشهد بقول والآخر بعيب معين وليس على واحد من الأمرين شهادة شاهدين * ولو باع عبده من نفسه بجارية ثم وجد بها عيبا كان له أن يردّها ويأخذ منه قيمة نفسه في قول أبي حنيفة الآخر وهو قول أبي يوسف رحمهما الله وكان يقول أو لا يرجع بقيمة الجارية وهو قول محمد وكذلك لو ماتت قبل أن يقبضها المولى واستحقت وكذلك لو حدث بها عيب عند المولى حتى تعذر ردّها بالعيب في قوله الآخر يرجع بحصة العيب من قيمة العبد وفي قوله الاول من قيمة الجارية * وجه قوله الاول أن هذا مبادلة مال بما ليس بمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب يكون رجوعه بقيمة ما هو بدل له كما في النكاح والخلع والصلح من دم العمد اذا استحق البدل وكان بعينه رجع بقيمته ويان الوصف أن الذي من جهة المولى في هذا العقد الاعتاق فإن بيع العبد من نفسه اعتاق وذلك ليس بمال والدليل عليه أن الحيوان يثبت دينا في الذمة بمقابلته فإن العبد يمتق على ملك المولى حتى يكون الولاء له وإن الوكيل من جانب المولى في هذا العقد لا يكون له قبض البدل ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد أنه لا يملك الرجوع عنه * والأجل الى الحصاد ونحوه يثبت في بدله وإن البدل لا يرد الا بالعيب الفاحش عرفنا

أنه في حكم مبادلة مال بما ليس بمال وتأثيره وهو أن استحقاق الجارية لوردها بالعيب لا يفسخ العقد فكيف يفسخ وقد عتق العبد فاذا لم يفسخ فقد تعذر تسليم الجارية مع قيام السبب الموجب للتسليم فتجب قيمتها واستدل بالكتابة فانه لو كاتبه على جارية بغير عنها فاداهها وعتق ثم وجد المولى بها عيبا ردها وأخذ مثلها صحيحة فان حدث بها عيب عند المولى رجع بتقصان العيب من قيمة الجارية وكذلك في بيع العبد من نفسه بجارية * ووجه قوله الآخر أن المولى أزال عن ملكه مالا بازاء مال فاذا لم يسلم ما بذل له رجع بقيمة ما بذل كما لو باعه من فرسه بجارية فعتق على القريب ثم استحققت الجارية رجع المولى بقيمة العبد * وبيان الوصف أن يقول تصرف المولى باعتبار ملكه وليس له في العبد الا ملك المالة الا أن ازالة ملك المالة اذا لم تكن الى مالك يكون موجبا عتق العبد فاما تصرف المولى من حيث ازالة قتلاقي ملكه وملكه ملك المالة * وتحقيق هذا الكلام ان في حق ما يسلم للعبد في هذا في معنى مبادلة المال بما ليس بمال لان الذي سلم للعبد العتق وهو ليس بمال وفيما يزيله المولى عن ملكه هذا مبادلة المال بالمال فعند الاستحقاق والرد بالعيب مراعاة جانب المولى أولى لان الحاجة في دفع الضرر عن المولى فاما العتق فسالم للعبد بكل حال ولان العتق للعبد يبنى على ازالة المولى ملكه فيعتبر ما هو الأصل وباعتباره هذا مبادلة مال بمال ألا ترى أنه اذا أعتق عبدا على خمر يجب على العبد قيمة نفسه وما كان ذلك الا بالطريق الذي قلنا فكذلك اذا استحق البدل أو هلك قبل التسليم وقوله ان السبب لم يفسخ على احدي الطريقتين يقول في حق المولى قد انفسخ السبب ولان في حقه مبادلة المال بالمال ولكن يتعذر عليه استرداد العبد لنفوذ العتق فيجب رد قيمته كالمدر اذا مات المولى وعليه دين مستغرق أو قتله مولاه تبطل وصيته ولكن يتعذر رده الى الرق فيجب عليه السماية في قيمته وعلى الطريق الآخر يقول لا يفسخ السبب ولكن لم يسلم للمولى العوض فيرجع بمثله ومثل الجارية بحكم هذا العقد ما هو عوضها وهو مالة العبد فانما يرجع بقيمة العبد بهذا بخلاف النكاح فان عوض الصداق هناك ليس بمال متقوم ليكون الرجوع بمالته فلماذا صرنا الى قيمة الصداق هناك وفي الكتاب قيل الجواب قول محمد فان من عادته الاستشهاد بالختلاف لا يوضح الكلام ولئن سلمنا فنقول بدل الكتابة ليس بمقابلة رقبة المكاتب بل بمقابلة ما يسلم للمكاتب

لعقد الكتابة وهو كونه أحق بنفسه ومكاسبه وذلك ليس بمال فهذا كان الحكم فيه بمنزلة الحكم في النكاح وهنا بدل الجارية مالية العبد في حق المولى فإذا لم يسلم له الجارية كان رجوعه بمالية العبد وهو قيمته وإذا باع رجل جارية رجل بأمره ثم خصم في عيب فقتلها بغير قضاء قاض فإنها تلزم البائع دون الآمر لأن هذا بمنزلة الإقالة في أنه يمتد تراضيهما فالإقالة في حق الموكل كالبيع الجديد فكان الوكيل اشتراها ابتداء قال إلا أن يعلم أن مثله لا يحدث فيلزم الآمر لانا تيقنا بوجود العيب عند الآمر وانما لم يشتغل الوكيل بالخصومة لأنه لم ير فيها فائدة وفي كتاب الوكالة والمأذون قال لا يلزم الآمر على كل حال وهو الأصح لما قلنا ان هذا بمنزلة الإقالة وفي هذا المعنى لا فرق بين العيب الذي يحدث مثله أو لا يحدث وان أبي البائع أن يقبلها فخاصمه المشتري الى القاضي فأقر عنده بالعيب كان اقراره عند القاضي وعند غيره سواء لا يلزم الامر الا في عيب لا يحدث مثله ومعنى هذا الكلام أن في العيب الذي لا يحدث مثله رد القاضي باقرار الوكيل وبالبينة سواء في انه يلزم الآمر لان الرد بقضاء القاضي فسخ وقد تيقنا بوجود سببه عند الآمر وان كان العيب يحدث مثله فأقرار الوكيل لا يكون حجة على الآمر ولكن يحتاج الى أن يثبت على الآمر بالبينة أن العيب كان عنده ليردها عليه وان لم يكن له بينة فعلى الآمر اليمين على ذلك وان ردها القاضي على الوكيل ببينة أقامها المشتري فالبينة حجة على الآمر فيلزم الآمر فان ردها بآباء اليمين من الوكيل فإنها تلزم الآمر عندنا وقال زفر هذا والاقرار سواء لان النكول بدل عن الاقرار وهو بمنزلة البدل فلا يكون حجة على الآمر ولكن الوكيل على خصومته مع الآمر كما في الاقرار. ألا ترى أن المشتري لو باع الجارية من غيره ثم ردت عليه بسبب بنكوله جعل هذا وما لوردت عليه باقراره سواء في حق البائع الاول فكذلك في حق الوكيل ولكننا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لأنه لا يمكن ان يحلف كاذبا اذا كان عالما بالعيب وانما اضطر الى ذلك في عمل باشره للآمر فيرجع عليه بما يلحقه من المهدة بخلاف ما اذا أقر فانه غير مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه الثمن ويقضي عليه بالنكول فيكون هو في الاقرار مختارا لا مضطرا وبخلاف المشتري الاول فانه مضطر في النكول ولكن في عمل باشره لنفسه فلا يرجع بمهدة عمله على غيره فان أنكر الآمر أن تكون الجارية التي باعها فالتقول

قوله مع يمينه لان الوكيل يدعى لنفسه حق الرجوع على الأمر بما يلحق من الهبة في هذا الحل والموكل منكر فالقول قوله مع يمينه الا أن يقيم البائع البينة انها هي الجارية التي باعها فيثبت الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم واذا اشترى الرجل جارية لرجل بأمره ثم وجد بها عيبا فله أن يردها بالعيب قبل أن يدفعها الى الأمر من غير أمر الأمر عندنا * وقال ابن أبي ليلى ليس له ذلك لانها مملوكة للأمر فلا يملك اخراجها عن ملكه بغير أمره ولانها أمانة في يد الوكيل ويد الامين كيد صاحبها ولو كان سلمها الى الأمر لم يردها بالعيب الا بأمره * وجه قولنا ان الرد بالعيب من حقوق العقد ولهذا اختص به الوكيل والمعاقد في حقوق العقد مستبد به ون كان قد عقده لغيره ولانه في الحقوق كالمعاقد لنفسه ألا ترى أن في الرد بخيار الشرط والرؤية لا تحتاج الى استطلاع رأي الأمر فكذلك في الرد بخيار العيب بخلاف ما بعد التسليم الى الأمر لانه لا يتمكن من ردها الا باعادتها الى يده وليس له ولاية اثبات اليد عليها بغير رضا الأمر بعد ما سلمها اليه فاما قبل التسليم فهو لا يحتاج الى ذلك ألا ترى ان المضارب يرد ما اشترى بالعيب وان كان رب المال غائبا والعبد الماذون يرد ما اشترى بالعيب وان كان مولاه غائبا فان ادعى البائع ان الأمر قد رضي بالعيب فطلب يمين الأمر أو يمين المأمور ماضي بذلك الأمر لم يكن على واحد منهما في ذلك يمين عندنا * وقال ابن أبي ليلى لا يردها الوكيل ولا المضارب حتى يحضر الأمر أو رب المال فيحلف ماضي بالعيب لان رضا الأمر ورب المال يسقط حق الوكيل في الرد بدليل أن البائع لو أقام البينة على ذلك وأقر به الوكيل لم يكن له أن يردها فاذا ادعى البائع سببا مستقلا لحقه في الرد استحق اليمين على من يدعي ذلك عليه كما لو ادعى الوكيل أنه قد رضي به * وجه قولنا أنه لا يمين على الوكيل في هذه الدعوى لانه لا يدعى البائع عليه الرضا فلو استحلف كان بطريق النيابة ولا نيابة في اليمين ولا يمين على الأمر لأن الاستحلاف يترتب على دعوى وخصومة ولم يجر بين البائع والأمر معاملة فلا يكون هو خصما له في دعوى الرضا بخلاف ما اذا أقام البينة فان الوكيل خصم للبائع وان كان نائباً عن الأمر واثبات الحق بالبينة على خصم هو ثابت صحيح واذا أقر الوكيل فرضا الأمر باقراره لا يثبت ولكن اقراره حجة عليه وقد زعم أنه لا خصومة له مع البائع في هذا العيب فاعتبار زعمه تنقطع الخصومة * ولو أقر الوكيل على نفسه انه رضي بهذا العيب فذلك منه صحيح في حق

نفسه دون الآمر كالأمر أن الأمر رضى بالعيب فالجارية تلزمه إلا أن يقر الآمر بذلك أو تقوم بينة على ذلك أو يرضى بما رضى به الوكيل * قال وإذا اشترى الرجلان جارية فوجدا بها عيبا فرضى أحدهما فهو على الخلاف الذى ذكرنا فى خيار الرؤية والشرط وقول ابن أبى ليلى كقول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى أن له ذلك * قال وإذا اشترى عبدا بجارية وتباضا ثم وجد بالعبد عيبا ومات عنده فإنه يرجع بمحصة العيب من الجارية فيقوم العبد صحيحا ويقوم وبه العيب فإن كان ذلك ينقصه العشر يرجع بعشر الجارية لأن بدل العبد الجارية ألا ترى أنه لو كان قائما بعينه رده وأخذ الجارية والرجوع بمحصة العيب من البدل يكون وكذلك الحيوان والعروض كلها إذا استحق أحد العوضين أو رد بالعيب فقد انفسخ العقد فيرجع بالبدل إن كان قائما وبقيته إن كان هالكا لأنه تنذر استرداده مع قيام السبب الموجب للرد وكذلك ما يكال أو يوزن إن كان بعينه فإن فوات القبض فيه مبطل للعقد كما فى العروض * ولو أقر المشتري به لإنسان ولم يتم عليه بينة لم يرجع على البائع بشئ لأن إقراره حجة فى حقه دون البائع فهو فى حق البائع متلف للسلمة بإقراره وإن استحق ببينة فقال البائع ليس هو عبدي الذى بعتك فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر البيع فى هذا العبد ولو أنكر جريان البيع بينهما أصلا كان القول قوله مع يمينه وكان على المشتري إثبات العقد بالبينة فكذلك إذا أنكر العقد فى هذا الحل * قال وإذا اشترى خادما بكر حنطة وليس الكبر عنده لم يجوز لأنه إن عين الكبر وهو ملك غيره فهذا بيع ما ليس عند الإنسان وإن لم يمين فهو مجهول الصفة وهذه جهالة تفضى إلى المنازعة فإن قال بكر حنطة جيدة أو وسط فى القياس لا يجوز هذا أيضا لأنه فى جانب الكبر بائع ويبع ما ليس عند الإنسان لا يجوز إلا بشرائط السلم لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم وفى الاستحسان يجوز هذا العقد لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه اشترى جزورا بكري تمر ثم استقرضه فأعطاه إياه ولأن المكيل أو الموزون إذا لم يكن بعينه فهو يثبت فى الذمة ثمنا فكان شراء بئس ليس عنده وذلك صحيح كالشراء بالدراهم والدليل على أنه ثمن جواز الاستبدال به قبل القبض والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز عينا كان أو دينيا فإن وجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الكبر ردها وأخذ كراما مثل كره * وكذلك لو كان ذلك الكبر عند البائع بعينه كان له أن يرد كراما مثله لأن

ألا ترى أن البيع يستدعي محلا هو مال متقوم كالشراء فنفوذ بيعه دليل على أنه مال متقوم في حقه * وفي تصحيح البيع اظهار سلطان مالكيته ولم يكن في عينه من معنى الاستدلال شيء حتى يؤمر به شرعا فكذلك في تصحيح الشراء اثبات سلطان الملكية ولا يكون في عينه من معنى الاذلال شيء وبهذا يتبين أن النهي ليس لمعنى في عين الشراء بل لمعنى في قصده وهو الاستخدام قهرا بملك اليمين ولا يمنع صحة الشراء كالنهي عن الشراء وقت النداء ولهذا ندب الولد الى شراء أبيه مع أنه ممنوع من اذلاله لانه لا يقصد بشرائه الاستخدام ولو كان اثبات الملك بطريق الشراء عينه اذلالا لكان القريب ممنوعا عنه في قربه لان كل طاعة لا تصل اليها الا بمعصية لا يجوز الأقدام عليها ثم تحقيق هذا الكلام أن بالشراء لا يتبدل صفة المحل لانه كان مملوكا قبل شرائه وبقي مملوكا بعد شرائه وانما تحول الاضافة من المسلم الى الكافر وهي اضافة مشروعة ألا ترى أنه يرث الكافر العبد المسلم وبالارث تجدد الاضافة في حق الوارث ولكن لا يتبدل وصف المحل فلا يكون عينه اذلالا بخلاف الاسترقاق فيه يتبدل صفة المحل فيصير مملوكا بعد ان كان مالكا والمملوكية اذا قبولت بالمالكية كانت المملوكية في غاية الذل والهوان وهذا غير مشروع للكافر على المسلم وكذلك النكاح لان بعقد النكاح يتجدد ثبوت المملوكية في المحل وكان ينبغي أن لا يثبت للمسلم على المسلمة الا أن لضرورة الحاجة الى قضاء الشهوة واقامة النسل أثبت الشرع ذلك للمسلم على المسلمة فيبقى في حق الكافر اذلالا فلا يكون مشروعا للكافر على المسلمة ألا ترى أن ملك النكاح يبقى للكافر على المسلمة لانه ليس في ابقاء الملك تبديل صفة المحل فصار الشراء هنا في معنى الاذلال بمنزلة البقاء في ملك النكاح . يوضحه ان الحلية للنكاح باعتبار صفة المحل ولهذا لا يجوز للمسلم نكاح المجوسية والمرتدة والأخت من الرضاعة والمسلمة ليست بمحتللة في حق الكافر فلانعدام المحل لا ينعقد النكاح ولكن يبقى لان فوات المحل عارض على شرف الزوال فيمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالفوات بسبب العدة وكذلك القبض الذي يتم به العقد ليس فيه معنى الاذلال لان ذلك يحصل بالتخيلة وليس هذا نظير الحرم يشترى صيدا لان الصيد في حق الحرم محرم العين قال الله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما فلم يكن مالا متقوما كالخمر في حق المسلم * ولهذا لا يجوز بيعه

انه اشترى على ما ليس في ضمانه وهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن
وبيان ذلك ان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا عاد اليه الملك الذى زل عنه بعينه وقي
له بمض الثمن فهذا ربح حصل لا على ضمانه ولا يوجد هذا المعنى فيما اذا اشتراه بمثل الثمن
الاول او أكثر فالربح هناك يحصل للمشتري والمبيع قد دخل في ضمانه ولا كذلك فيما اذا
باعه من غيره لانه لا يحصل للمشتري هناك ربح الا على ضمانه وكذلك اذا اشتراه البائع الاول
من المشتري الثانى لانه لم يعد اليه الملك المستفاد من جهته لان اختلاف أسباب الملك بمنزلة
اختلاف أسباب الايمان وقد قررنا هذا * وكذلك لو دخل في المبيع عيب ثم اشتراه البائع
بأقل من الثمن الاول لان الملك لم يعد اليه على الهيئة التى خرج عن ملكه فلا يتحقق فيه
ربح ما لم يضمن ولكن يحمل النقصان بمقابلة الجزء والذى احتبس عند المشتري سواء كان
النقصان بقدر ذلك أو دونه حتى اذا كان النقصان نقصان السمر فهو غير معتبر في العقود
لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس فيه فوات جزء من العين فباعتباره لا يجوز شراؤه بأقل
من الثمن الاول * وكذلك لو اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول فذلك جائز لان
الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس فالفضل انما يظهر في التقويم والبيع لا يوجب ذلك بخلاف
ما اذا اشتراه بجنس الثمن الاول والفضل يظهر هناك من غير تقويم * ولو كان المقد
الاول بالدرهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول فهو جائز في القياس وهو قول
زفر لان الدرهم والدنانير جنسان بدليل انه لا يجرى الربا بينهما وفي الاستحسان هذا
لا يجوز وهو مذهبا لانهما جنسان صورة وجنس واحد معنى فالمقصود منهما واحد وهو
التمنية ولهذا جملا في أغلب الاحكام كجنس واحد فباعتبار انهما جنسان صورة يصح
هذا المقد وباعتبار انهما جنس واحد معنى لا يجوز هذا العقد وعند اجتماع المعنى الموجب
للحل والموجب للحرمة يطلب الموجب للحرمة بقوله صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحرام
والحل في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال ولان ثبوت هذه الحرمة لاحل الربا وباب الربا
مبنى على الاحتياط * وكذلك لو اشتراه مملوك البائع الاول عبده أو مكاتبه بأقل من الثمن
الاول لان تصرف المملوك للمالك من وجه فكسب العبد لمولاه وللولى في كسب
مكاتبه حق الملك فهو كشراء البائع بنفسه لمكان حقه في المقصود بالعقدين ون اشتراه
ولده أو والده أو زوجته فكذلك في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله

يجوز لان الاملاك بينهما متباينة فليس للولد في مال الوالد ملك ولا حق ملك فهو قياس
مالو اشترى أخوه وأبو حنيفة يقول ان كل واحد منهما يجعل بمنزلة صاحبه فيما يرجع
الى ملك البين ألا ترى ان شهادة أحدهما لصاحبه تجعل كشهادته لنفسه فكذلك شراء ابن
البائع وأبيه كشراء البائع بنفسه وهو نظير الخلاف الذى سبق أن الوكيل بالبيع عند
أبي حنيفة لا يبيع ممن لا يجوز شهادته له كالأبيع من نفسه ومملوكه وعند أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله يجوز بيعه منه كما يجوز من أخيه وغيره من القربات قال وان اشترى
وكيل البائع بأقل من الثمن الاول جاز في قول أبي حنيفة ولا يجوز في قول أبي يوسف
ومحمد رحمهما الله وهو بناء على ما تقدم ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء خمر له أو بيعها
عند أبي حنيفة يجوز وينزل الوكيل في ذلك منزلة العاقد لنفسه فكذلك هنا الوكيل
عنده كالعاقدا لنفسه ثم الملك ينتقل الى الموكل حكما فهو كمالو اشتراه لنفسه ثم مات
فورثه البائع منه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله هناك يعتبر حال الموكل ويجعل
عقد الوكيل له كعقده لنفسه فهنا أيضا يجعل كذلك والموكل هنا بائع لا يجوز شراؤه
بأقل من الثمن الاول فكذلك شراء الوكيل له الا أن أبا يوسف يسوى بين الفصلين
ويقول هناك التوكيل باطل والوكيل يصير في الشراء عاقدا لنفسه فهنا أيضا يصير
الوكيل مشتريا لنفسه شراء صحيحا ومحمد يفرق بينهما فيقول هناك الوكيل يصير
مشتريا لنفسه وهنا يصير مشتريا للموكل شراء فاسدا حتى يصير قبض الوكيل مضمونا
بالقيمة على الموكل لان المسلم ليس من أهل العقد على الحر حتى لو اشترى الحر لنفسه
لا يملك وان قبض فكذلك توكيله بالشراء باطل اما البائع هنا فن أهل مباشرة هذا
العقد حتى لو اشتراه بنفسه انعقد شراؤه فاسدا فكذلك اذا وكل غيره فيه لان
التوكيل بالشراء الفاسد صحيح كالتوكيل بالشراء الى الحصاد والدياس وبعد صحة
الوكالة شراء الوكيل كشراء الموكل وقبض الوكيل للموكل فيصير مضمونا عليه
بالقيمة ولكن أبو يوسف يقول متى أمكن تصحيح العقد لا يجوز إفساده اذ لا معارضة
بين الفاسد والصحيح وهنا لو جملناه مشتريا لنفسه كان الشراء صحيحا ولو جملناه
مشتريا للامر كان الشراء فاسدا فينبغي أن يجعل مشتريا لنفسه شراء صحيحا وفيه شبهة على
مذهب أبي حنيفة فانه قال ان البائع أو ابنه لا يشتريه لنفسه وما تحصل للبائع من الملك بشراء

الوكيل فوق ما تحصل بشراء ابنه لنفسه وان جعل هذا نظير مسألة الحر في الوكالة فكذلك ينبغي أن يجعل في شراء ابن البائع ومملوك البائع فان المسلم اذا كان له عبد مكاتب أو عبد مأذون كافر فاشترى خيرا جاز شراؤه * وكذلك لو كان له أب كافر فاشترى خيرا يجوز شراؤه فن هذا لوجه يشكل مذهب أبي حنيفة * قال الشيخ الامام الاصحح عندي في ازالة هذا الاشكال أن المنع هنا لاجل العقد لا لاجل المقود عليه بدليل ان أحد المقدين لو كان هبة كان كل واحد من المقدين صحيحا وكل من له الحق في المقدين جميعا لا يجوز منه الشراء كالبايع وليس للوكيل حق في العقد الاول فلماذا صح منه العقد الثاني وان كان حكمه يثبت للبائع فاما الاب والابن فلها حق في المقدين فنزلا منزلة البائع في ذلك بخلاف مسألة الحر فهناك المنع لانعدام صفة المالية والتقويم في الحر وانما يمتد ذلك في حق الماقد خاصة فاذا كان الماقد كافرا صح العقد سواء ثبت به حق الملك أو حقيقة الملك أو شبهة الملك لمسلم لان ذلك يثبت بطريق الحكم * قال ولو كان البائع والمشتري وكيلين في البيع الاول لم يجوز للبائع أن يشتري بأقل من الثمن الاول قبل النقد لان المشتري ولا من موكله لان هذا المنع باعتبار العقد والماقد لغيره في حقوق العقد بمنزلة الماقد لنفسه وكذلك ليس اوكل البائع ان يشتريه من المشتري ولا من موكله لان وكيله انما باع له فهو بمنزلة يمه بنفسه في المنع من الشراء ألا ترى أن من باع أو بيع له لا يثبت له حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يجوز شراؤه بأقل من الثمن الاول قبل النقد وهذا لان الربح لا على ضمانه الذي يحصل له * قال واذا باع بألف درهم نسيئة سنة ثم اشتراه بألف درهم نسيئة سنتين قبل قبض الثمن لم يجوز لان هذا في معنى شراء ما باع بأقل مما باع فان الزيادة في الاجل تمكن نقصانا في مالية الثمن ألا ترى أن أصل الاجل يمكن نقصانا في المالية حتى يكون المؤجل أنقص من الحال ولهذا يثبت ربا النساء شرعا فكذلك بزيادة الاجل يزداد النقصان في المالية فان زاد على الثمن درهما أو أكثر جاز لان الزائد في الثمن الثاني بمقابلة النقصان المتمكن بزيادة الاجل فينعدم النقصان به معنى والمتنع شراء ما باع بأقل مما باع فاذا لم يعلم أن الثمن الثاني أقل من الثمن الاول كان الشراء جائزا * قال واذا باع الرجل طعاما بدرهم فلا بأس بأن يشتري بالثمن قبل أن يقبضه من المشتري ما بداله من العروض أو الطعام يدا بيد سواء كان أكثر من طعامه أو أقل اذا لم يكن طعامه بعينه لان

الثلث دين لا يستحق قبضه في المجلس ويجوز الإبراء عنه فيجوز الاستبدال به أيضا
 كبديل العروض والأصل في جواز الاستبدال بالثلث حديث عبد الله بن عمر رضي الله
 عنهما حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني أبيع الابل بالنقيع وربما أبيع
 بالدرهم وأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس ان افترقما وليس بينكما عمل
 * قال واذا كان لرجل على رجل دين الى أجل وهو من ثمن مبيع فخط عنه شيئا على ان يجعل
 له ما بقي فلا خير فيه ولكن يرد ما أخذ والمال كله الى أجله وهو مذهب عبد الله بن
 عمر رضي الله عنهما وكان زيد بن ثابت رضي الله عنه يجوز ذلك ولنا أخذ بقوله لان
 هذا مقابلة الأجل بالدرهم ومقابلة الأجل بالدرهم ربا ألا ترى ان في الدين الحال
 لو زاده في المال ليؤجله لم يحز فكذلك في المؤجل اذا حط عنه البعض ليجعل له ما بقي
 والذي روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أجلى بنى النضير فقالوا ان لنا ديونا على الناس
 فقال صلى الله عليه وسلم ضعوا وتمجلوا فتأويل ذلك ضعوا وتمجلوا من غير شرط أو كان ذلك
 قبل نزول حرمة الربا وهذا بخلاف المولى اذا صالح مع مكاتبه من الالف المؤجلة على
 خمائة على أن يجعلها له فذلك يجوز لان المكاتب ملكه ولا ربا بين المملوك وسيد
 فافيه شبهة الربا لا يمتد بين المملوك والسيد وان كان يعتبر حقيقة الربا بينهما حتى
 لا يجوز بيع ادرهم بالدرهمين بينهما * يوضحه أن المولى يقصد بالكتابة الرفق بالمكاتب
 فكذلك في حط بعض البديل مقصوده الرفق به لا مبادلة الاجل بالدرهم وكذا لو زاده
 في بدل الكتابة ليزيده في الاجل جاز وينعدم هذا المعنى فيما بين الحرين * قال واذا باع عبدا
 ينسيئة فباعه المشتري من رجل أو رهنه أو أوصى له به ثم اشتراه البائع من ذلك الرجل
 بأقل من الثمن الأول جاز لان هذا ملك متجدد ثبت للثاني بسبب جديد فهو كمين آخر
 يشتره بأقل من الثمن الاول منه وفرق بين الموصى له وبين الوارث فان البائع لو اشتراه من
 وارث المشتري بأقل من الثمن الأول لا يجوز ذلك لان الوراثة خلافة وانما ينتقل الى
 الوارث الملك الذي كان للمورث ولهذا يرد باليب ويصير مغرورا فيما اشتراه مورثه
 ويجوز إقالة الوارث مع البائع * أما الموصى له فثبت له ملك بسبب متجدد ولهذا لا يرد
 باليب ولا يقبل المقدم بائع الموصى ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصى فلهذا جاز شراؤه
 منه بأقل من الثمن الاول وفرق بين ما اذا اشتراه له وارث البائع من المشتري بمسد

موت البائع وبين ما اذا اشتراه البائع من وارث المشتري وأبو يوسف يسوى بين
 الفصلين ويقول لا يجوز فيهما لأن وارث البائع يقوم مقامه بعده كوارث المشتري
 ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما كان للمورث * وقد
 كان الملك في المبيع للمشتري فيخلقه وارثه فيه وما كان ملكه للوارث فيخلقه وارثه في
 ذلك ولكن هذا ملك يحصل لوارث البائع باكتسابه وهو ليس بخاف عن البائع في ذلك
 فيجعل شراؤه بعد موت البائع كشراؤه في حياة البائع * قال وإن اشتراه البائع من
 المشتري مع عبد آخر بثمن حصته منه أقل من الثمن الذي باعه لم يجز الشراء فيه كما لو
 اشتراه وحده بأقل من الثمن الأول ويجوز في العبد الآخر بخصته لأنه لا مفسد للمقد
 في حصة العبد الآخر * وقد بينا عذر أبي حنيفة في الخلافات أن هذا فساد ضعيف
 خفي ولهذا خفي على زيد بن أرقم رضي الله عنه فلا يمدو حكمه محله بخلاف ما إذا كان
 الفساد ظاهرا بسبب الربا أو غيره ولا يقال ينبغي أن يجعل بمقابلة ما باع مثل الثمن الأول
 احتيالا لتصحيح العقد لأن هذا الوجه غير متعين للتصحيح فانه وإن جعل بمقابلة أكثر
 من الأول يجوز العقد أيضا ولا يقال قد جعل قبول العقد في ذلك شرطا لقبول
 العقد في الآخر وهو شرط فاسد فينبغي أن يفسد به العقد في الثاني كما هو مذهب
 أبي حنيفة في نظائر هذا لأن قبول العقد في ذلك العبد ليس بشرط فاسد . ألا ترى
 أن ثمنه لو كان مثل الثمن الأول أو خلاف جنس الثمن الأول كان صحيحا وإنما الفساد
 لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يمتد
 إلى العقد في العبد الثاني * وإن اشتراه البائع مع رجل آخر جاز شراء الاجنبي
 في نصفه كما يجوز شراؤه في الكل إذا اشتراه لنفسه واعتبار البعض بالكل اعتبار صحيح
 * وإن كانت جارية فولدت عند المشتري ثم اشتراها منه بأقل من الثمن الأول جاز أن
 كانت الولادة تقعها كما لو دخلها عيب آخر عند المشتري بسبب آخر ولا يجوز أن لم ينقصها
 لأن ما دخل في ملك المشتري على هيئته كما كان فإذا اشتراها البائع بأقل من الثمن الأول
 يحصل له ربح لا على ضمانه * قال وإذا اشتري الرجل جارية فولدت عنده لأقل من ستة
 أشهر من يوم اشتراها فادعى البائع الولد وكذبه المشتري في ذلك لم تصح دعواه في
 القياس وهو قول زفر وصحت دعوته في الاستحسان وهو قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله

وجه القياس فيه أن البائع بهذه الدعوى يسمى في نقص ما تم به فلا يقبل ذلك منه كما لو زعم أنه كان أعتقها قبل البيع وكما لو جاءت بالولد لسته أشهر فصاعدا وكما لو مات الولد أو أعتق المشتري الولد ثم ادعى نسبه وهذا لأنه مناقض في كلامه فأقدمه على بيعها إقرار منه أنها ليست بأم ولد له فإذا زعم بعد ذلك أن الولد ولده وانها أم ولده كان مناقضا في ذلك والدليل عليه أن البائع لو ادعى نسب هذا الولد لم تصح دعواه باتفاق فلو جعل الحال بعد بيعها كالحال قبله في دعوى البائع فكذلك ينبغي أن يجعل في دعوى أبيه . وجه الاستحسان أنا تيقنا أن الملوقة حصل في ملكه لأن أدنى مدة الحبل ستة أشهر فلما وضعت لأقل من ستة أشهر عرفنا أن الملوقة كان حاصلا قبل البيع وحصول الملوقة في ملكه يثبت له حق استحقاق النسب بالدعوى وحق استحقاق النسب لا يحتمل الفسخ بحقيقة النسب فلا يبطل ذلك بالبيع وإذا لم يبطل كانت دعواه بعد البيع كدعواه قبله وهذا لأن الشيء لا ينقضه ما هو دونه ونما ينقضه ما هو مثله أو فوقه والملك الثابت للمشتري دون حق استحقاق النسب للبائع فهذا يحتمل لرفع وذلك لا يحتمل فلا ينقض به بخلاف ما إذا وضعت لسته أشهر فصاعدا فانا لا ندين هناك بحصول الملوقة في ملك البائع وثبوت حق استحقاق النسب له والملك للمشتري متيقن به ولتيقن به أقوى مما لا يتيقن فيه وبخلاف ما إذا أعتق المشتري الولد لأن ولده يثبت للمشتري بالعق والولا . لا يحتمل النقض لحق استحقاق النسب فنقض به ما كان من حق استحقاق النسب لأن هذا مثله أو فوقه بخلاف ما إذا مات الولد لأن حق استحقاق النسب لمنفعة الولد وحاجته إلى النسب وهو بالموت قد استغنى عن ذلك وهو بخلاف ما لو ادعاه أبو البائع لأنه بمجرد حصول الملوقة في ملك البائع لا يثبت لابنه حق استحقاق النسب إلا بشرط وهو ولاية نقلها إلى نفسه ألا ترى أن حق الدعوى لا يثبت للجد جال حياة الأب ويثبت له بعد موت الأب لأن ولايته بعد موت الأب وهذا الشرط لا يوجد فيه بعد البيع لأنها صارت مملوكة للمشتري فليس للأب ولاية نقلها إلى نفسه بالدعوى فهذا تصح دعواه ثم التناقض لا يمنع صحة استحقاق النسب ألا ترى أن الملاحن إذا كذب نفسه يثبت النسب منه وهو مناقض في ذلك وهو خلفاء أثر الملوقة قد يظن في الابتداء أنها لم تعلق منه فيصيرها ثم يتبين أنها علفت منه فيستدرك ذلك بدعوى النسب وحكم الحاكم باللعان وقطع النسب أقوى منه في بيعه إياها فإذا

جاز ابطال حكم الحاكم بدعوى النسب وان كان هو ساعيا في نقض ماتم به فلان يجوز ابطال البيع أولى * وان ادعاه المشتري أولا ثم ادعاه البائع لم تصح دعوى البائع لان نسبه قد ثبت من المشتري فاستغنى به الولد عن النسب ولان النسب الذي يثبت من المشتري لا يحمل النقض فهو أقوم من الولاء الثابت له بالعتق * وقد بينا أن اعتبار الولاء يبطل حق الاستلحاق الثابت للبائع فاعتبار النسب أولى وان ادعياه معا فإنه يثبت نسبه من البائع وتصير أم ولد للبائع وينتقض البيع فيها عندنا * وقال ابراهيم النخعي يثبت نسبه من المشتري لان للمشتري فيها حقية الملك وللبيع حق الملك وصاحب حقية الملك يرجح في الدعوى كماله ولدت جارية رجل فادعى الولد هو وأبوه صحة دعوى المولى دون أبيه لهذا المعنى ولكننا نقول دعوى البائع سابقة معنى لأنها تستند الى وقت العلوق فان العلوق حصل في ملكه ودعوى المشتري لا تستند الى تلك الحالة لانه يملكها بعد ذلك ولو سبق البائع بالدعوى كان النسب ثابتا منه فكذلك اذا سبقت معنى بخلاف مسألة الأب لان دعوى كل واحد منهما هناك تستند الى ما تستند اليه دعوى الآخر ألا أن شرط دعوى الأب نقلها اليه ولا يمكن اتحاد هذا الشرط اذا اقترنت دعوى المولى بدعواه * يوضح ما قلنا ان دعوى المشتري دعوى التحرير لان العلوق لم يكن حاصلا في ملكه ودعوى التحرير كالاتفاق اما دعوى البائع فدعوى استيلاء ولان العلوق كان في ملكه فيجمل هذا بمنزلة مالو ادعاه البائع وأعتقه المشتري معا فتكون دعوى البائع أولى * وأما اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر فدعياه معا فدعوى المشتري أولى لانا لم نتيقن بحصول العلوق في ملك البائع هنا ولو انفرد بالدعوى لم يصح اذا لم يصدقه المشتري فاذا اقترنت دعوى المشتري بدعوى البائع فأولى ان لا تصح دعوى البائع * قال ولو أعتق المشتري الأم ثم ادعى البائع الولد وقد جاءت به لأقل من ستة أشهر فنسبه يثبت من البائع لانه يحتاج الى النسب فخل له بعد عتق الأم ولكن لا ينقض عتق المشتري في الأم للولاء الذي لم يثبت له عليها وهو مما لا يحتل النقض وقد يجوز ان يثبت نسب الولد * وان كانت لا تثبت حق أمية الولد للام كما في ولد المنور * وهذا بخلاف مالو أعتق الولد فان هناك دعوى البائع لا تصح في حق الأم لان الولد هو المقصود والأم تبع فاذا لم يمكن تصحيح دعواه فيما هو الأصل لا يشتغل بتصحيحه في البيع * فأما حق الأم في الاستيلاء فيبيع

وتقدر ثبوت الحكم في البيع لا يمنع ثبوت الحكم في الأصل فلماذا يثبت نسب الولد منه ويقسم الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فيرد البائع حصة الابن من الثمن وانما كان لهذا الولد حصة من الثمن وان انفصل بعد القبض لانه صار مقصودا بنقض العقد فيه فيكون بمنزلة الولد المقصود بالقبض فيكون له حصة من الثمن ولذلك لو كانت ولدت قبل أن يبيعا ثم ادعى النسب بعد ما باعها فهذا وما سبق سواء * ولو اشتراها ثم باعها ثم ادعى المشتري الأول نسب الولد لم تصح دعواه لان أصل الملق لم يكن في ملكه فدعواه فيه كدعوى التحرير ولا يعمل بعد زوال الملك ولو ادعاه البائع الأول صحت دعواه لان الملق كان في ملكه والبيع الثاني في احتمال النقص كالاول فباعتبار الدعوى ينقض العقدان جميعا * ولو ولدت عنده ولدين في بطن واحد ثم باع أحدهما وأعتقه المشتري ثم ادعى البائع الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه لحاجتهما الى النسب وبقي أحد الولدين في ملكه على حاله ثم ينتقض عتق المشتري في الولد الآخر حكما لانهما توأم خلقا من ماء واحد فمن ضرورة حرية الأصل لأحدهما حرية الأصل للآخر ومن ضرورة ثبوت حرية الأصل فيه انتقاض العتق والولاء الثابت للمشتري بخلاف ما سبق فيما اذا أعتق المشتري الأم لانه ليس من ضرورة ثبوت النسب وحرية الأصل للولد انتقاض عتق المشتري في الأم * يوضحه ان هناك لو نقض عتق المشتري عادت أم ولد للبائع فيطوؤها بالملك بعد ما حكم بحريتها وذلك لا يجوز اما هنا لو نقضنا عتق المشتري في الولد أثبتنا فيه ما هو أقوى وهو حرية الأصل فهذا هو الفرق بينهما والله أعلم

باب بيع أهل الذمة

قال واذا اشترى الذي مملوكا مسلما صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى من مسلم أو ذمي جاز شراؤه في قول علمائنا الثلاثة رحمهم الله * وقال الشافعي لا يجوز شراؤه لقول الله تعالى ولن يحمل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وفي إثبات الملك للكافر على المسلم سبب يكسبه إثبات أقوى السبيل له عليه . والمعنى فيه أن الكافر لا يقر على تحصيل مقصود هذا العقد لحرمة الاسلام فلا يصح استدامته كسكاح المسلمة وبيان الوصف أن المقصود استدامة الملك ولهذا لا يصح البيع الا مؤبدا وهو ممنوع من استدامة الملك على المسلم لانه يجبر

على بيعه فاذا لم يصح منه استدامة الملك على المسلم لا يصح مباشرة سبب الملك الدليل عليه
أن اسلام المملوك مع كفر المالك يمنع استدامة الملك اذا طرأ فيمتنع نبوت الملك اذا اقترن
بالسبب كما في النكاح * وهذا لان الكافر ممنوع من استدلال المسلم وفي اثبات الملك
له عليه استدلال المسلم ولهذا لا يسترق الكافر المسلم فكذلك لا يشتريه لان الثابت
بالشراء له ملك متجدد بتجدد سببه * ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه فيكون هذا في
المعنى كالاسترقاق * بخلاف الارث فانه يبق للوارث الملك الذي كان للمورث * ولهذا
يرث المسلم الحر ولا يملك الحر بالشراء * وبخلاف البيع لانه بالبيع يزول ملكه وذله على المسلم
واكتساب سبب ازالة الذل غير ممنوع منه نأ ممنوع منه اكتساب سبب الذل * وهذا النهى
لمعنى في النهى عنه فيكون مفسدا للعقد ألا ترى أن الكافر يطلق امرأته المسلمة ولا يصح
عقد النكاح من الكافر على المسلمة * وهذا بخلاف الولد يشتري والده يجوز وان كان
الولد ممنوعا عن اذلال والده لان بالشراء هناك تم علة العتق فيتخلص به عن ذل الرق
والأمور بمواقبها فباعتبار المال يصير هذا الشراء اكبر اما لا اذلالا ولهذا قلنا الابن
الكافر اذا اشترى أباه المسلم يجوز وكذلك اذا قال الكافر لمسلم أعتق عبدك هذا على ألف
درهم يجوز ويملكه الكافر ثم يمتق عليه وهو نظير الفصد فهو جرح لا يجوز الاقدام
عليه من غير حاجة وعند الحاجة يكون دواء والذي يحقق ما قلنا انه بالشراء يتمكن من
قبضه وفي اثبات اليد للكافر على المسلم على وجه يستفيد به ملك التصرف معنى الذل
ولا يوجد ذلك في حق من يمتق عليه وان قلتم انه يمتنع من قبضه فيقول مالا يتأتى فيه
القبض بحكم الشراء لا يجوز شراؤه كالعبد الآبق وهذا لان فوات القبض اذا طرأ
بهلاك المعقود عليه قبل التسليم كان مبطلا للعقد فاذا اقترن بالعقد منع انعقاد العقد والدليل
عليه المحرم اذا اشترى طيبا لا يملكه لانه ممنوع من اثبات اليد عليه وكذا على الصيد لا حرامه
فلا يملكه بالشراء كما لا يملكه بالاصطياد فكذلك الكافر في العبد المسلم . وحجتنا في ذلك
العمومات المجوزة للبيع من الكتاب والسنة . والمعنى فيه ان الكافر يملك بيع عبده المسلم
فيملك شراؤه كالمسلم * وهذا لان صحة التصرف باعتبار أهلية التصرف وكون المحل
قابلا للتصرف وما يصير به أهلا للتصرف يستوى فيه الكافر والمسلم * وانما يكون المحل
محلًا للتصرف لكونه مالا متقوما والعبد المسلم مال متقوم في حق المسلم والكافر جميعا

حل المشتري مع البائع عند الفسخ كحال البائع معه عند العقد وقد كان للبائع على المشتري
 كره في ذمته يعطيه المشتري من أي موضع شاء فكذلك البائع يفعل عند الفسخ وكل
 ما يكال أو يوزن أو يمد في هذا الحكم سواء لما قلنا قال ولو اشترى جارية بثوب ليس عنده لم
 يحز لان الثياب لا تثبت دينا في الذمة الا موصوفة وموجلة ولم يوجد ذلك وان كان
 الثوب بعينه فوجد بالجارية عيبا وقد استهلك البائع الثوب ردها وأخذ قيمة الثوب لان
 الثوب ليس من ذوات الأمثال وقد لزمه رد عينه حين رد عليه الجارية فاذا تمذر رده
 بالاستهلاك لزمه قيمته كما في المنصوب واذا باع رجل شيئا بتقد أو بنسيئة فلم يستوف
 ثمنه حتى اشتراه بمثل ذلك الثمن أو أكثر منه جاز وان اشتراه بأقل من ذلك الثمن لم يحز
 ذلك في قول علمائنا رحمهم الله استحسانا وفي القياس يجوز ذلك وهو قول الشافعي لان
 ملك المشتري قد تأكد في المبيع بالقبض فيصح بيعه بعد ذلك بأي مقدار من الثمن باعه كما
 لو باعه من غير البائع ألا ترى أنه لو وهبه من البائع جاز ذلك فكذلك اذا باعه منه بثمن
 يسير ولأنه لو باعه من انسان آخر ثم باعه ذلك الرجل من البائع الاول بأقل من الثمن
 الاول جاز فكذلك اذا باعه المشتري منه الا انا استحسننا لحديث عائشة رضي الله عنها
 فان امرأة دخلت عليها وقالت في بعت من زيد بن أرقم جارية لي بثمنا ثة درهم الى العطاء
 ثم اشتريتها منه بستمئة درهم قبل محل الاجل فقالت عائشة رضي الله عنها بثمنا
 ما شريت وبثمنا اشتريت التي زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب فأتاها زيد بن أرقم معتذرا فتلت قوله تعالى فن
 جاءه وعظمة من ربه فاتته فله ما سلف فهذا دليل على ان فساد هذا العقد كان معروفا بينهم
 وانها سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أجزية الجرائم لا تعرف بالرأي
 وقد جملت جزاءه على مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد فعرفنا أن ذلك كالمسموع
 من رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذر زيد رضي الله عنه اليها دليل على ذلك لان
 في المجتهدين كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر أحدهم الى صاحبه فيها ولا يجوز
 أن يقال انما ألحقت الوعيد به للاجل الى العطاء فان مذهب عائشة رضي الله عنها جواز
 البيع الى العطاء وقد كرهت العقد الثاني بقولها بثمنا اشتريت وليس فيه هذا المعنى
 عرفنا أنها انما كرهت لما قلنا وانما كرهت العقد الاول لانها يطرقان به الى الثاني والمعنى فيه

عندنا فكذلك شراؤه فانما بطل ذلك التصرف لانعدام المحل بخلاف ما نحن فيه ولسنا نقول بأنه لا يقصر على مقصود هذا العقد بل يقر على مقصوده اذا أسلم ثم موجب الشراء أثبات الملك * فاما استدامة الملك فليس من موجبات العقد ولا يمنع صحة الشراء لكونه ممنوعا من استدامة الملك فيه كالمسلم يشتري عبدا مرتدا فيصح شراؤه وان كان ممنوعا من استدامة الملك فيه وعند التأمل في تصحيح هذا الشراء اظهر ذل الكافر دون المسلم لان العبد المسلم يتسلط به على الكافر فيخاصمه ويجره الى باب القاضى ويجبره على بيعه شاء أو أبى ولهذا يتبين ان هذا النوع من التصرف لم يدخل تحت قوله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا مع ان المراد بالآية أحكام الآخرة بدليل قوله تعالى فانه يحكم بينكم يوم القيامة وعلى هذا الخلاف الكافر اذا اشترى مصحفا لا يصح الشراء عند الشافعى لانه يستخف به فيرجع ذلك الى اذلال المسلمين وعندنا يصح شراؤه لانه ليس في عين الشراء من اذلال المسلمين شيء وكلامنا في هذا الفصل اظهر فالكافر لا يستخف بالمصحف لانه يمتد انه كلام فصيح وحكمه بالغة وان كان لا يعتد انه كلام الله عز وجل فلا يستخف به ثم يجبر على بيع العبد من المسلمين لانه لو ترك في ملكه استخدمه قهرا بملك اليمين وفيه ذل فيجبر على ازالة هذا الذل وذلك يبيعه من المسلمين ولا يترك لبيعه من كافر آخر وان كان لو باعه جاز ولكن المقصود لا يحصل به فلا يمكن منه وكذلك يجبر على بيع المصحف لانه لا يعظمه كما يجب تعظيمه * واذا ترك في ملكه يمسّه وهو نجس وقال الله تعالى انما المشركون نجس وقال الله تعالى في القرآن لا يمسّه الا المطهرون * فلهذا يجبر على بيعه من المسلمين وكذلك ان أسلم مملوك الذى فانه يجبر على بيعه من المسلمين وذلك بعد ان يمرض عليه الاسلام فقلعه يسلم فيترك العبد في ملكه فان أبى ذلك أجبر على بيعه كالكافر اذا أسلمت امرأته يمرض عليه الاسلام فان أبى فرق بينهما الا أن ملك النكاح ليس بمال متقوم فيجوز ازالته مجانا عند اباية الاسلام وملك اليمين مال متقوم محترم بعقد الذمة فلا يجوز ابطاله عليه بالعتق مجانا ولا بد من ازالة ملكه عن المسلم فيجبر على بيعه بقيمته ليستوفي المالة ويحصل المقصود وان كان للذى عبد وامرأة له أمة قد ولدت منه فاسلم العبد وولده منها صغير فانه يجبر على بيع العبد وولده لان الولد الصغير يصير مسلما باسلام أبيه فيجبر على بيعه * وان كان ذلك

تفريقا بينه وبين أمه لأن هذا تفريق بحق وجب فيه فهو كالمالوجنى الابن الصغير جناية
فدفع بها أو لزمه دين فبيع فيه يجوز ذلك * وإن كان فيه تفريق بين الولد والأم ولكن
لما كان بحق لزم ذلك في الولد خاصة واستقام ذلك فهذا مثله * وعن أبي يوسف أن في
كل موضع يجب بيع الولد تباع الأم معه لأنه لا ضرورة في التفريق بينهما إذا كان
كل واحد منهما محلا للبيع * قال وإذا أسلم العبد وهو بين مسلم وكافر أجبر الكافر
على بيع حصته منه اعتبارا للبعض بالكل وإن أسلم عبد الذمي فكاتبه جازت الكتابة لأن
ملكه فيه باق بعد إسلامه ونفوذ عقد الكتابة منه باعتبار ملكه ثم ما هو المقصود يحصل
بالكتابة في الحال وهو ازالة ذله منه لأنه يصير بمنزلة الحر في حق اليد والمكاسب
ولا يبقى له ولاية الاستخدام عليه قهرا بملك الميم وربما يؤدي بدل الكتابة فيعتق
ويتم المقصود به فإن عجز أجبر على بيعه لأن الكتابة انفسخت حين تحقق عجزه فظهر
الحكم الذي كان قبل الكتابة وهو الاجبار على البيع * وإن لم يكاتبه ولكنه رهنه عند مسلم
أو كافر أجبر المولى على بيعه لأن المقصود بعقد الرهن لم يحصل فالراهن يستخدم
المرهون باذن المرتهن والمرتهن باذن الراهن ثم بعد الرهن هو محل للبيع فيبقى فيه حكمه
وهو الاجبار على البيع * فاما بعد الكتابة فلا يكون محلا للبيع ما بقيت الكتابة وإذا بيع المرهون
فيكون ثمنه رهنا مكانه لأن عقد الرهن قد صح باعتبار ملكه في المحل فيتحول حكمه الى
بدله كما إذا قبل المرهون وأخذ المرتهن قيمته وكذلك لو أجره من مسلم أو كافر فالمقصود
وهو ازالة اليد عن المسلم لا يحصل بالاجارة بل يتحقق فيه معنى الاذلال ويبقى هو
محلا للبيع بعد الاجارة فيجبر على بيعه ثم تبطل به الاجارة بخلاف الرهن * ألا ترى ان
المؤجر إذا باع المؤجر برضا المستأجر بطلت الاجارة والراهن إذا باع المرهون برضا المرتهن
كان الثمن رهنا * ولو كان رهنه أو أجره وهو كافر ثم أسلم في يد المرتهن أو المستأجر
أجبرته على بيعه ولم أثر كونه ملك الكافر وهو مسلم كما بينا أن الاذلال
هنا يقرر إذا ترك في ملكه فيجب ازالته بالاجبار على بيعه * وإن كانت جارية فدبرها
أو استولدها قبل الاسلام أو بعهده جعلت عليها ان تسمى في قيمتها لأن بيعها متعذر
لما يقر فيها من حق العتق فيجب اخراجها عن ملك الكافر بالاستسما في قيمتها وهي
بمنزلة المكاتب ما دامت تسمى وعند زفر هي حرة والسعاية دين عليها وعند الشافعي يجبر

على بيع المدبرة وأم الولد بخارج وقد تقدم بيان هذا في كتاب العتاق * وإذا باع الكافر عبدا على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم العبد فهو على خياره لأن إسلامه لا يمنع ابتداء البيع ولا يمنع بقاءه بطريق الأولى * فإن نقض البيع أجبر على بيعه لأن الأول صار كأن لم يكن * وإن أمضاه لكافر مثله أجزأه وأجبر ذلك الكافر على بيعه كالموابعه منه ابتداء بعده ما أسلم العبد وكذلك إن كان الخيار للمشتري فإن فسخ العقد أجبر على بيعه إذا كان كافرا وإن أمضى العقد والمشتري مسلم فهو سالم له * قال وإذا اشترى الكافر عبدا مسلما شراء فاسدا وقبضه فإنه يجبر على رده على البائع سواء كان البائع مسلما أو كافرا ثم يجبر البائع على بيعه إن كان كافرا لأن فسخ البيع الفاسد مستحق شرعا ولا يفوت به ما ثبت من الحق للعبد بإسلامه فإن البائع يجبر على بيعه إذا كان كافرا ومع إمكان استيفاء الحقين لا يجوز ترك أحدهما فإن كان البائع غائبا فرغ العبد المشتري إلى القاضي أجبره على البيع إن كان شراء يجوز في مثله البيع منه لأنه مالك له وقد تمدد فسخ العقد الفاسد لفنية البائع ولا يجوز أن يترك المسلم في ملك الكافر فيجبر على بيعه * وهذا لأن في التأخير إلى أن يحضر البائع أضرارا بالعبد وبقاء له في ذل الكافر وذلك ممتنع في الشرع. وإن كان شراء لا يجوز في مثله البيع فهو غير مالك له ولا يمكن إجباره على بيعه ولكنه ملك الغير. وضمون في يده أو أمانة بمنزلة المنصوب أو الوديعة * مسلم اشترى عبدا مسلما من كافر شراء فاسدا أجبرته على رده على الكافر لفساد العقد ثم يجبر الكافر على بيعه لأن استيفاء الحقين ممكن وإن كان الكافر غائبا فهو على حاله عند المسلم لأنه ليس في إبقاء المسلم في ملك المسلم معنى الإذلال ولو أن مسلما وهب عبدا لمسلم أو تصدق به عليه جاز وأجبر الكافر على بيعه كالموابعه بسبب آخر. ولو أراد المسلم أن يرجع في هبته كان له ذلك ما لم يهبه الكافر أو بعوض المسلم منه والكافر في حكم الهبة بمنزلة المسلم وكذلك لو كان الكافر هو الواهب للعبد المسلم من المسلم ثم رجع في هبته كان له ذلك لأن حتمه في الرجوع كان ثابتا ما لم يصل إليه العوض فلا يبطل بإسلام العبد ولكن إذا رجع فيه أجبر على بيعه * وإذا أسلم عبد النصراني فأجبره القاضي على بيعه فباعه ثم استحقه نصراني آخر ببينة مسلمين وقد أعتقه المشتري فإن عتقه باطل لأن بالاستحقاق قد ظهر أن المشتري لم يملك وإن عتقه لم ينفذ لأن بائنه لم يكن مالكا فيأخذه المستحق ويجبر على بيعه ولا يقال ينبغي أن ينفذ

البيع باجبار القاضي عليه في حق المستحق اذا كان نصرانيا لان القاضي انما أجبر عليه المالك الظاهر له حين أبي أن يسلم فلا يتعدى ذلك الى المستحق لانه لم يكن ظاهرا يومئذ ولعله يسلم لو عرض عليه الاسلام * ولو ان نصرانية تحت مسلم لها مملوك مسلم فأجبرت على بيعه فباعته من زوجها واشتراه زوجها لولد له صغير فذلك جائز لان المقصود قد حصل وهو ازالة ذل الكافر عن المسلم بخروجه من ملكها * قال ولو ان يتامى من النصراني أسلم عبد لهم أجبروا على بيعه لتقرر السبب وهو ملك الكافر في العبد المسلم فان كان لهم وصي باعه الوصي لانه قائم مقامهم في البيع الذي ليس بمستحق ففي البيع المستحق أولى * وان لم يكن لهم وصي جمل القاضي لهم وصيا فباعه لهم لانه اذا جاز للقاضي نصب الوصي نظرا منه لليتامى فلان يجوز ذلك منه نظرا لليتامى ومراعاة لحمة الاسلام أولى * قال واذا كان للمسلم عبد نصراني تاجر فاشتري عبدا نصرانيا فاسلم ولا دين على العبد التاجر لم أجبره على بيعه لان كسب العبد الذي لا دين عليه مملوك لمولاه وهو مسلم وان كان عليه دين أجبرته على بيعه لان المولى لا يملك من كسبه ما لم يقض عنه الدين كالأجنبي والعبد هو المستبد بالتصرف وهو نصراني فيجبر على بيعه كما كتب نصراني لمسلم أسلم عبده * قال واذا اشترى النصراني عبدا مسلما فوجد به عيبا فقال اردته تركته حتى يردده لانه يستوفى بالرد حقه ويدفع به الضرر عن نفسه وأكثر ما فيه أن يكون رده اياه بمنزلة البيع منه وذلك صحيح * وان وكل وكيل يخاصم عنه في العيب جاز حتى يبلغ اليمين بالله ما رأي ولا رضى فاذا بلغ ذلك لم يستطع رده حتى يحضر الموكل فيحلف وفي هذا الحكم يستوى الكافر والمسلم ثم في ظاهر الرواية القاضي يحلف المشتري بهذه الصفة ما رأى ولا رضى طلب البائع ذلك أو لم يطلب * ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا يحلف الا بطلب البائع لانه نصب لفصل الخصومة لالانشائها ولكننا نقول هو مأمور بان يصون قضاءه عن أسباب الخطأ وليس كل خصم يهتدى الى ذلك ليسأل أو يتجاسر على ذلك مع حشمة القاضي فيحتاط القاضي بذلك ويحلفه بالله ما رأى العيب ولا رضى به * وفي موضع آخر قال ولا عرضه على بيع ثم يقضى بالرد فان أقر الوكيل عند القاضي أن المشتري قد رضى بالعيب جاز ذلك على المشتري وان وكل البائع وكيل بالخصومة فاقرار وكيله عليه جائز في مجلس القاضي لانه قائم مقام الموكل في جواب الخصم

ولا يحلف لو كسل لان النيابة في اليمين لا تجزئ ولكن يحضر الموكل فيحلف بالله لقد باعه وما هذا به وقد قررنا هذا في كتاب العيوب قال ولا يجوز بين أهل الذمة شيء من بيع الصرف والسلم وغيرهما الا ما يجوز بين أهل الاسلام ما خلا الخمر والخنزير فاني أجز ذلك بينهم وأستحسن ذلك لانهما أموال متقومة في حقهم والأثر الذي جاء فيه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث قال ولوهم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها وقد تقدم بيان هذا الفصل في كتاب النصب وأوضحنا الفرق بين الربا والتصرف في الخمر والخنزير باعتبار أن ذلك مستثنى من عقد الذمة ونذكر هنا حرفاً آخر للفرق بينهما فنقول لما بقي الخمر والخنزير مالا متقوماً في حقهم فلم نجز تصرفهم فيها بالبيع والشراء لم تظهر فائدة المالية والتقوم فيكون اضراراً بهم ولو منعناهم عن عقود الربا لأدى ذلك الى ابطال فائدة المالية والتقوم لانهم قد لا يتمكنون من التصرف في ذلك المحل الا بطريق الربا * قال ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه حديثان * أحدهما قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وذكر في الجملة بآئها * والثاني قوله صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها * وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم ففعلوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الله تعالى اذا حرم شيئاً حرم بيعه وأكل ثمنه وبهذه الآثار تبين ان الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم فلا يجوز بيعه إياها * قال واذا اشترى المسلم عصيراً فلم يقبضه حتى صار خمرًا فالبيع فاسد لانه تعذر قبضه بعد التخمير وبالقبض يتأكد الملك المستفاد بالعقد ويستفاد بملك التصرف وبكالا يجوز ابتداء العقد على الخمر من المسلم فكذلك لا يجوز قبض الخمر بحكم العقد فان صارت خلا قبل أن يترافعا الى السلطان فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أما عند محمد فالبيع باطل هكذا ذكر الكرخي لأن العقد فسد بالتخمير فلا يمكن تصحيحه على الخل الا بالاستقبال وهذا لان التخمير قبل القبض كالموجود عند العقد ولو اشترى المسلم خمرًا فتخللت لا يصح العقد * وجه قولهما ان أصل العقد كان صحيحاً ثم بالتخمير فات القبض المستحق بالعقد العارض على شرف الزوال وهو انعدام المالية والتقوم فاذا زال صار كأن لم يكن كما لو أبق المبيع قبل القبض ثم عاد من اياه الا أن المشتري هنا غير لتغيير صفة المبيع وهو في ضمان البائع ولهذا لو

خاصمه فيها قبل أن يصير خلافاً بطل القاضي البيع ثم صارت خلافاً بعد ذلك لم يكن له عليها سبيل لأن العقد انفسخ بقضاء القاضي كما في السابق إذا عاد بعد ما فسخ القاضي البيع بينهما . وبه فارق ما لو كانت خيراً في الابتداء فإن هناك البيع ما انعقد صحيحاً * ألا ترى أنه لو باع العبد وهو آبق ثم رجع من أباقة لم يصح البيع * وعلي هذا النصراني لو اشترى من نصراني خيراً ثم صارت خلافاً أسلماً فالمشتري بالخيار أن شاء أخذ وإن شاء ترك لتغير صفة المبيع وإن أسلماً ثم صارت خلافاً فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا ثم ذكر مسألة اقراض النصراني نصرانياً خيراً وقد تقدم بيان ذلك في كتاب النصب . قال وإذا اشترى النصراني من النصراني خيراً أو خنزيراً على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم أسلم المشتري قبل أن يختار وقد قبض كان البيع باطلاً في قول أبي حنيفة ويتم البيع في قول صاحبيه بناء على اختلافهما في وقوع الملك للمشتري مع اشتراط الخيار وقد تقدم بيانه بفصوله . ولو كان الخيار للبائع فأسلم أو أسلم البائع بطل البيع لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فلا يمكن من إخراجه عن ملكه بالإجازة بعد إسلامه وإن أسلم المشتري وقد قبض ما اشترى لم يفسد البيع لأن البيع قد تم من قبله والبائع على خياره فإن أجاز البيع ملك المشتري الحُر حكماً من غير عقد باشره بعد إسلامه وإسلامه لا يمنعه من ذلك . وإذا ارتهن نصراني من نصراني خيراً بدين له عليه فأسلم المرتهن بطل الرهن لأن المقصود بالرهن الاستيفاء ولا يتم ذلك إلا بهلاك الرهن فالإسلام الطارئ بعد العقد قبل حصول المقصود يجعل بمنزلة المقترن بالعقد فإن كان المرتهن هو الذي أسلم بقى مضموناً عليه حتى إذا هلك هلك على الراهن لأن خمر الكافر يجوز أن تكون مضمونة على المسلم بالنصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن فإن كان الراهن هو الذي أسلم ثم هلك الرهن لم ينتقص من حق المرتهن شيء لأن خمر المسلم لا تكون مضمونة على الذي بالنصب فكذلك بالقبض بحكم الرهن وهذا لانعدام المالية والتقوم في حق المالك هنا بخلاف الأول . قال وإذا وكل المسلم نصرانياً ببيع الخمر فباعها جاز في قول أبي حنيفة لأن العاقد نصراني ولم يجز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأن من وقع له العقد مسلم وقد تقدم بيان هذا الفصل . وإذا كان للذي عبدان أخوان لم أكره له أن يفرق بينهما في البيع لأن ما فيه من الشرك أعظم من التفريق بمعنى أن المنع من التفريق لحق الشرع والكفار لا يخاطبون من حقوق الشرع بما هو أعظم من كراهة التفريق نحو العبادات فكذلك لا يظهر في حقهم حكم كراهة التفريق

في البيع والله أعلم

باب بيع ذوى الارحام

قال ليس ينبغى للرجل أن يفرق بين الجارية وولدها في البيع ولا في الهبة ولا في الصدقة ولا في الوصية اذا كان صغيرا لما روي أن زيد بن حارثة رضى الله عنه قدم بسبايا فخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يتصفحهم فرأى جارية والهبة فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شأنها فقال زيد رضى الله عنه احتجنا الى نفقة فبعنا ولدها فقال صلى الله عليه وسلم أدرك أدرك لا توله والدته بولدها وقال النبي صلى الله عليه وسلم من فرق بين والدته وولدها فرق الله تعالى بينه وبين الجنة وفي رواية فرق الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة وكذلك كل ذى رحم محرم * والحاصل انه اذا اجتمع في ملكه شخصان بينهما قرابة محرمة للنكاح وهما صغيران او احدهما صغير فليس له ان يفرق بينهما في الاخراج عن ملكه بالبيع عندنا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك وفيما سوى ذلك لا بأس بالتفريق بناء على مذهبه في عتق احدهما على الآخر عند دخوله في ملكه . وحجتنا في ذلك ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهب لملئ كرم الله وجهه اخوين صغيرين ثم لقيه بعد ذلك فقال ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك. والمعنى فيه ان الصغير يستأنس بالكبير والكبير يشفق على الصغير ويقوم بحوائجه في التفريق بينهما يحاشهما وترك الترحم عليهما وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والكافر والمسلم في ذلك سواء لاستوائهما في الشفقة التي تنبى على القرابة ثم تمتد هذه الكرامة الى البلوغ عندنا وقال الشافعي الى أن يستغنى الصغير عن الكبير في التربية . واعتمادنا في ذلك ما ذكره الدارقطني في مسنده بالسناد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ الغلام وتحض الجارية وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله اذا راقق الصغير ورضيا ان يفرق بينهما فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما من اهل النظر لنفسه وربما يريان مصلحة في ذلك فلا بأس بالتفريق عند ذلك برضاها فأما بعد البلوغ فلا بأس بالتفريق بينهما لأن كل واحد منهما يقوم بحوائجه وربما لا يستأنس بعضهم ببعض بل يستوحش بعضهم من بعض اذا اجتمعوا في ملك رجل واحد حتى يؤدي الى قطيعة الرحم ولهذا حرم

الجمع بين الاختين نكاحا ولو كان مملوك لرجل وولده الصغير مملوك لابن الرجل وهو صغير في حجره كان له ان يفرق بينهما بالبيع لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد والاب في التصرف في ملك ولده قائم مقام الولد لو كان بالغاً وكذلك ان كان كل واحد منهما لولد من أولاده * ولو اشتراهما جميعا لنفسه فوجد باحدهما عيبا كان له ان يرده ويمسك الباقي وعن ابي يوسف قال يردهما او يمسكهما لان في معنى كراهة التفريق بينهما أنها كشخص واحد وقاس بما لو اشترى مصري باب فوجد باحدهما عيبا كان له ان يردهما او يمسكهما . وجه ظاهر الرواية ان المثلث لحق الرد له هو العيب وهو مقصور على المعيب حقيقة وحكما ولا يتمكن من رد الآخر بعد تمام الصفقة ثم هذا تفريق بحق مستحق في احدهما فيجوز كالدفع بالجناية والبيع بالدين ولو كان له من كل واحد منهما شقص لم أكره له ان يبيع شقصه من أحدهما دون الآخر لانهما ما اجتمعا في ملكه وكراهة التفريق بناء على اجتماعهما في ملكه * ولو كانا مملوكين له فباع أحدهما دون الآخر كان مسيئا والبيع جائز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف أستحسن ابطال البيع في الوالدين والمولودين ولا أبطله في الأخوين وهو قول الشافعي * وروي الحسن عن أبي يوسف رحمهما الله ان البيع في جميع ذلك باطل لما روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لمي رضي الله عنه أدرك أدرك وقال صلى الله عليه وسلم ذلك لزيد بن حارثة رضي الله عنه وانما يتمكن من الادراك بالاسترداد لفساد البيع ففي احدي الروايتين فيهما جميعا قال البيع فاسد * وفي الرواية الاخرى فرق لقوة الولادة وضعف القرابة المتجردة عن الولادة * وحمل قوله صلى الله عليه وسلم لمي بن أبي طالب رضي الله عنه أدرك أدرك على طلب الاقالة أو بيع الاخر ممن باع منه أحدهما وهو تأويل الحديثين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس لهما فان النهي عن بيع احدهما لمعنى في غير البيع غير متصل بالبيع وهو الوحشة وذلك ليس من البيع في شيء والنهي متى كان لمعنى في غير النهي عنه لا يفسد البيع كالمعنى عن البيع وقت النداء * قال ولا بأس بأن يكتب أحدهما دون الآخر لان عقد الكتابة مآله العتق فهو كالاتفاق ولا بأس بأن يعتق احدهما فكذلك يكتبه لانه لا تفريق بينهما في هذا التصرف بل يزداد الاستئناس ويمكن التكبير من القيام بمواثيق الصغير اذا كوتب او اعتق وربما يتمكن من شرائه بعد ذلك فيعتق عليه

وكذلك لا بأس بأن يبيع أحدهما نسمة للعتق ويمسك الآخر وعن محمد أنه يكره له ذلك وهذا لأن بيع نسمة ليس يبيع بشرط العتق فإن البيع بهذا الشرط لا يجوز ولكنه ميعاد بينهما فربما ينفى به المشتري وربما لا ينفى فيبقى التفريق بينهما متحققا في الحال * وجه ظاهر الرواية أن الظاهر من حال من يشتري النسمة للعتق الوفاء بما يعد وإنما ينبنى الحكم على الظاهر ما لم يتبين خلافه فيبيع أحدهما نسمة كيومه من قريبه ليعتق عليه وذلك غير مكروه * قال وإذا اجتمع في ملكه أختان فدبر أحدهما أو استولدها والآخرى صغيرة لم أكره له بيع الصغيرة وكذلك أن كاتب أحدهما لأن كراهة التفريق عند تمكنه من بيعها فإن عند ذلك يكون التفريق محالا على اختياره وهنا هو غير متمكن من بيع أحدهما فيجوز له بيع الآخرى . وعن أبي يوسف أن في التدبير والاستيلاء ليس له أن يبيع الآخرى لأن ملكه في المدبرة وأم الولد مطلق فيتحقق اجتماعها في ملكه فيكره التفريق وفي الكتابة لا يكره لأن ملكه في المكاتب ثابت من وجه دون وجه فلم يجتمعا في ملك مطلق له فلا بأس بأن يبيع أحدهما * قال وإذا كان أحد المملوكين له والآخر لزوجته أو لمكاتبه فلا بأس بالتفريق بينهما لانهما ما اجتمعا في ملك رجل واحد ولأنه غير متمكن من بيعهما من واحد إذ ليس له حق التصرف في كسب مكاتبه وملك زوجته وكذلك أن كانت أحدهما لعبد له تاجر وعليه دين لأنه غير متمكن من بيعها فإن نصرفه في كسب العبد المديون لا ينفذ * وعن أبي حنيفة هو لا يملك كسبه فلم يجتمعا في ملكه وإن لم يكن على العبد دين فليس له أن يفرق بينهما لانهما اجتمعا في ملكه وهو متمكن من بيعهما * وإن كانت أحدهما لمضاربه فلا بأس بأن يبيع المضارب ما عنده منهما لأن المضارب غير مالك لهما ولا هو متمكن من بيعهما فله أن يبيع ما كان عنده منهما * قال وإذا كان للرجل أمة فباعها على أن له الخيار ثلاثة أيام ثم اشترى ابنها كرهت له أن يوجب البيع في الأمة لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فقد اجتمعا في ملكه وهو متمكن من أن لا يفرق بينهما بأن يفسخ البيع فيها ثم يبيعهما معا فإذا أوجب البيع في الأمة كان مفرقا بينهما باختياره وذلك مكروه وكذلك أن سكت حتى مضت المدة لأن سكوته عن الفسخ إلى مضي المدة كاختياره أمضاء البيع * وإن كان الخيار للمشتري فلا بأس بأن يستوجبها لأن الأمة خرجت من ملك البائع مع خيار المشتري فلم يجتمعا في

ملك رجل واحد * ولو كان عنده ابن لها فاختار ردها لم يكن بذلك بأس * أما عند أبي حنيفة فلا ينهما لم يجتمعا في ملكه فان خيار المشتري يمنع وقوع الملك له وعندهما لان هذا التفريق لحق له في احدهما فكان بمنزلة الرد بخيار العيب * قال ويكره للمكاتب والعبد التاجر من التفريق ما يكره لحر لانهما مخاطبان * وفي التمكن من بيعهما بما بمنزلة الحرين وكرهه التفريق لحق الشرع فيستوى فيه المملوك والحر ولا يكره التفريق من ذي محرم من غير النسب كالرضاع والمصاهرة لحديث عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أن رجلا سأله فقال أبيع جارية لى قد أرضعت ولدى فقال قل من يشتري أم ولدى وهذا لان الرضاع والمصاهرة بمنزلة النسب في حرمة النكاح خاصة * وأما الاحكام المتعلقة بالقرابة سوى الحرمة لا يثبت شئ منها بالرضاع والمصاهرة * قال ولا بأس بالتفريق بين المملوكين الزوجين لانه لا قرابة بينهما وعلى ذلك تبني كراهية التفريق * قال واذا اجتمع أخوان في ملك رجل لا ينبغي له ان يبيع أحدهما من ابن صغير له في عياله لان هذا تفريق بينهما في بيع والملك ولو جاز هذا لجاز الذى باعه من ابنه الصغير بعد ذلك فيتحقق التفريق بهذا الطريق فاذا دخل الحربى دار الاسلام بغلامين أخوين صغيرين بامان فاراد أن يبيع احدهما فلا بأس بشرائه منه * وان كان فيه تفريق لاني ان لم أشتريه منه لاعاده الى دار الحرب ويتمكن من ذلك فشرأوه منه أقرب الى النظر من مراعاة التفريق ولو كان قد اشتراهما في دار الاسلام كرهت للمسلم ان يشتري منه أحدهما لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن ان يدخل بهما في دار الحرب لانه اشتراهما من أهل الاسلام أو من أهل الذمة وهو ان لم يكن مخاطبا بحرمة التفريق فالمسلم المشتري مخاطب بالتحرز عن اكتساب سبب التفريق الا أن يكون اشتراهما في دار الاسلام من حربى مستأمن فلا بأس حينئذ بشرأ أحدهما منه لانه غير مجبر على بيعهما بل هو ممكن من أن يدخلهما دار الحرب كما كان البائع متمكنا من ذلك ولم يذكر في الكتاب ما اذا اجتمع في ملكه مع الصغير كيران * والجواب في ذلك ان الكيرين اذا استويا في القرابة من الصغير وكان ذلك من جهة واحدة كالأخوين والخالين والعينين فلا بأس بان يبيع أحد الكيرين استحسانا * وفي القياس يكره ذلك وهو رواية عن أبي يوسف لان الصغير يستأنس بكل واحد منهما وكل واحد منهما في حقه كالمفرد به * وفي الاستحسان قال هذا

يمنع لحق الصغير وحقه مراعى اذا ترك معه أحد الكبيرين فإنه يستأنس به ويقوم الكبير بموائجه فلا بأس ببيع الآخر وان كانت قرابتهما اليه من جهتين كالأب والأم فليس له ان يفرق بينهما وبينه ولا يبيع واحدا منهما لان كل واحد منهما له نوع شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما نوع استثناس لا يحصل ذلك بالآخر فان كان أحدهما أبدا والآخر أقرب اليه في القرابة كالأم مع الجد في ظاهر الرواية لا بأس ببيع الأب بعد ويمسك الأقرب مع الصغير لان مقصود الصغير يحصل اذا أمسك الأقرب معه وشفقة الأقرب عليه أظهر والقرابة البعيدة عند المقابلة بالقرب تكون البعيدة كالمدمومة وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله انه يكره له ان يبيع واحدا منهما لانه يستأنس بكل واحد منهما نوع استثناس كما اذا استويا في الدرجة

باب بيع الامة الحامل

قال رضى الله عنه اعلم أنه اورد هذا الباب في كتاب الدعوى وقد بينا شرح مسأله هناك وهو بكتاب الدعوى أشبه وقد بينا بعض المسائل فيما تقدم هنا أيضا فما زاد على ما تقدم بيانه ان الجارية المبيعة اذا ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والآخر لاكثر من ستة أشهر فادعاهما البائع فانه يرد البيع لانا يتقنا حصول المولود بالتى ولدت لاقل من ستة أشهر فى ملكه وهما توام فن ضرورة التيقن بمولود أحدهما فى ملكه التيقن بمولود الآخر فهو كما لو ولدتهما لاقل من ستة أشهر وقد بينا ان بعد موت الولد لا تصح دعوى البائع وان كان الولد خلف ولدا بخلاف ولد الملائنة فانه اذا مات عن ولد ثم اكذب الملائع نفسه فانه يثبت النسب منه وهذا لان نسب ولد الملائنة كان ثابتا من الزوج بالفراش وبقي بعد اللعان موقوفا على حقه حتى لا تنفذ دعوة الغير فيه فيظهر ذلك بالا كذاب اذا كان مقيدا وتقام حاجة ولده الى ذلك مقام حاجته فاما نسب ولد الجارية المبيعة فلم يكن ثابتا منه قبل الدعوى وانما تصح دعواه لحاجة الولد الى النسب وقد استغنى عن ذلك بالموت فلا يمكن اقامة ولده مقامه فى اثبات نسبه ابتداء فلماذا لا تصح دعواه وان كان فى يده صبي لا ينطق فزعم انه عبده ثم اعتمه ثم زعم انه ابنه فهو غير مصدق فى ذلك فى القياس لانه مناقض فى كلامه. ويصدق فى الاستحسان ويثبت نسبه منه لان الانسان قد يشبه عليه هذا

في الابتداء ثم يتبين له في الانتهاء فيريد ان يتدارك وقد بينا ان خلفاء امر الملقوق يعذر في التناقض فيه ثم لا منافاة بين الولاء الثابت له عليه وبين النسب الا ترى انه يشتري ابنه فيعتق عليه ويجمع له ولاؤه ونسبه ولو كان عبدا كبيرا اعتقه ثم ادعاه ومثله يولد لمثله لم تجز دعوته الا ان يصدقه لانه بالعتق صار في يده نفسه فالتحق بسائر الاحرار فالدعوى من المولى بعد ذلك ومن غيره سواء لا تنفذ الا بتصديقه بخلاف الصغير الذي لا يعبر عن نفسه لانه في يد مولاه اذ هو ليس بمحل أن يعبر عن نفسه * قال في الكتاب أستحسن في الصغير كما أستحسن في المدبر يكون بين اثنين اذا جاء أي بولد فادعاه أحدهما وقد تقدم بيان هذه المسئلة في كتاب العتاق * قال واذا ولدت الأمة ولدين في بطن واحد فباع المولى الأم مع أحدهما ثم ادعى المشتري الذي اشترى فان نسب يثبت منه لانه ادعى مملوكه في حال حاجته الى النسب ثم يثبت منه نسب الذي عند البائع لانه توأم ومن ضرورة ثبوت نسب أحدهما منه ثبوت نسب الآخر وهو عند البائع على حاله لان الملقوق لم يكن في ملك المشتري فدعواه دعوى التحرير والتوأم يفصل أحدهما عن الآخر في التحرير كما لو اعتق أحدهما وان كان البائع ادعى الولد الذي عنده ثبت نسبهما منه وانتقض البيع في الآخر وان كان اعتقه المشتري لان أصل الملقوق كان في ملك البائع فدعواه توجب حرية الاصل الذي بقي عنده والتوأمان خلقا من ماء واحد ولا يفصل أحدهما عن الآخر في حرية الاصل وقد بينا أنه يجوز نقض عتق المشتري لضرورة انبات حرية الاصل له * قال واذا باع أمة حاملا تخاف المشتري ان يدعى البائع حملها واراد ان يتحرز عن ذلك فانه يشهد عليه أن هذا الحمل من عبده كان زوجها لها وليس هذا بتعليم للكذب ولا أمر به فانه لا رخصة في الكذب ولكنه بيان لحكم ان البائع ان أقر بذلك كيف يكون الحكم فيه وقد بينا بقية هذه المسئلة في كتاب الاعتاق أن المقر له ان صدقه أو لم يظهر منه تصديق ولا تكذيب فليس للبائع أن يدعيه لنفسه وان كذبه فكذلك عند أبي حنيفة لان لا قراره حكيمين اخراج نفسه عن نسب هذا الولد واثبات من المقر له فانما يبطل بتكذيب المقر له ما كان من حقه فاما ما هو من خالص حق المقر فان قراره فيه لا يبطل بتكذيب المقر له خصوصا فيما لا يحتمل الابطال وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الاقرار بتكذيب المقر له يبطل من أصله فله ان يدعيه لنفسه بعد ذلك وقاسا النسب بالولاء فان من اشترى جارية ثم زعم ان البائع كان

اعتقها فكذب البائع كان له ان يدعي ولاءها لنفسه بعد ذلك الا ان ابا حنيفة يفرق بينهما فيقول
الولاة قابل للتحويل من شخص الى شخص الا ترى أن ولاء الولد يثبت لمولى الام اذا
كان الاب عبدا فاذا عتق الاب تحول ولاؤه اليه والنسب لا يحتمل التحول من شخص الى
شخص فممن ما أخرج نفسه من نسب هذا الولد لا يصح دعواه لنفسه * قال أمة بين اثنين
باع أحدهما نصيبه من صاحبه ثم ولدت لأقل من ستة أشهر فادعاه البائع صحى دعواه
وبطل البيع فيكون هذا الحكم الجارية المشتركة استولدها أحدهما ولو ادعياه معا ثبت نسبه
منهما وبطل البيع لان الملقوق حصل في ملكيهما جميعا ولو دعاه البائع وأعتقه المشتري فدعوى
البائع تستند الى وقت الملقوق ويثبت به حرية الاصل للولد فيكون عتق المشتري فيه باطلا
ولو باع أحدهما نصيبه من رجل وهى حامل فادعى المشتري الحبل وادعاه البائع والذي
لم يبع فان ولدت لأقل من ستة أشهر فالبيع باطل ويثبت نسبه من البائع ومن شريكه لان
دعواهما تستند الى وقت الملقوق فالملوق حصل في ملكيهما ويأخذ المشتري ما نقد من
الثمن ويرد على الذى لم يبع نصف العقد لاقراره بالوطء * قال الحاكم أبو الفضل قوله ويرد
على الذى لم يبع نصف العقد ليس بسديد والصواب أن يرد جميع العقد على الشريكين
جميعا وهكذا فى رواية أبى سليمان لان اقراره بوطئها لا بد أن يكون سابقا على انشاء وقد
حصل ذلك فى ضمن دعوى النسب فيكون عليه جميع العقد للشريكين * وان جاءت به لاكثر
من ستة أشهر ثبت نسبه من المشتري ومن الذى لم يبع لانا لم نتيقن بحصول الملقوق قبل
البيع فلا يصح دعوى البائع ولكن على البائع نصف العقد للذى لم يبع لانه أقر بوطئها
وذلك يلزمه نصف العقد للذى لم يبع سواء كان وطؤه اياها قبل البيع أو بعد البيع بشبهة وليس
للبائع على المشتري عقد لانه ما أقر بوطئها قبل شرائه وانما زعم أنه وطئها بعد شرائه فى
ضمن دعوى النسب فلهذا لا يفرم له شيئا من العقد والله أعلم

باب الاستبراء

قال رضى الله عنه الاصل فى وجوب الاستبراء قول النبي صلى الله عليه وسلم فى سبأيا
أو طاس ألا توطأ الحبالى من النى حتى يضمن حملهن ولا الحبالى حتى يستبرأ بحمضه وهذا
خطاب للموالى فيفيد وجوب الاستبراء على المولى فانه اذا قيل لا تضرب فلانا يكون

ذلك نهيا للضارب عن الضرب لا خطابا للمضروب والمعنى في السببية حدوث ملك الحل فيها لمن وقعت في سهمه بسبب ملك الرقبة فهذه العلة يتعدى الحكم من المنصوص عليه الى غير المنصوص عليه وهي المشتراة أو الموهوبة . ووجوب الاستبراء في المشتراة مروى عن علي وابن عمر رضى الله عنهما . والحكمة في ذلك تعرف براءة الرحم وصيانة ماء نفسه عن الخلط بماء غيره والتحرز عن أن يصير ماؤه ساقيا زرع غيره ولكن الحكم يثبت بثبوت علته ولهذا قلنا اذا اشتراها من امرأة أو صبي باعها أبوه أو اشتراها وهي بكر أو اشتراها من مملوك لزمه الاستبراء لوجود العلة الموجبة وهي حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة وعن أبي يوسف قال اذا تيقن فراغ رحمها من ماء البائع فليس عليه فيها استبراء واجب لان الاستبراء كاسمه تبين فراغ الرحم وقاس بالطلاق قبل الدخول أنه لا يلزمها العدة لان المقصود من العدة في حال الدخول تبين فراغ الرحم ولكننا نقول هذه حكمة الاستبراء والحكم متعلق بالعلة لا بالحكمة ثم اشتغال رحمها بالماء عند الشراء لا يمكن معرفته حقيقة فيتعلق الحكم شرعا بالعيب الظاهر وهو حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فدار الحكم معه وجودا وعدما للتيسير على الناس وكذلك لا يقبلها ولا يباشرها ولا ينظر منها الى عورة حتى يستبرئها لان من الجائز أنها حملت من البائع وان البيع فيها باطل وهذه التصرفات لا تحمل الا في الملك كالوطء ولأن الوطء حرام في مدة الاستبراء وهذا من دواعي الوطء فيحرم بحرمة الوطء كما اذا ظاهر من امرأته المحرم عليه وطؤها حرم عليه دواعيه بخلاف الحيض فان المحرم بسبب الحيض استعمال الاذى كما وقعت اليه الاشارة بالنص ولا يوجد ذلك في التقييل والمس ثم الدواعي هناك لا توقمه في ارتكاب الحرام لنفرة في طبعه عنها بسبب الاذى والدواعي هنا موقمة في ارتكاب الحرام وهو الوطء لانه راغب فيها غاية الرغبة مالم يحصل مقصوده منها فان كانت لا تحيض من صغر أو كبر فاستبرأؤها بشهر لان الشهر قائم مقام الحيض والطهر شرعا فكل شهر يشتمل على حيض وطهر عادة ألا ترى أن الله تعالى أقام ثلاثة أشهر في حق الآية والصغيرة مقام ثلاثة قروء في العدة ومدة الاستبراء ثلث مدة العدة فيتقدر بشهر وان كانت حاملا فاستبرأؤها بوضع الحمل للنص كما روينا ولان مدة الحمل لا تحتمل التحري لتندر الاستبراء ببعضها فاذا وجب اعتبار جزء منها وجب اعتبار الكل والمقصود تبين فراغ الرحم ولا يحصل شيء من هذا المقصود قبل الوضع بل يزداد معنى الاشتغال بمضي

بعض المدة فلماذا قدرنا الاستبراء في حقها بوضع الحمل وإذا ارتفع حيضها وهي ممن تحيض تركها حتى إذا استبان له أنها ليست بحامل وقع عليها لأن المقصود تبين فراغ الرحم من ماء البائع إتيتهن بصحة البيع ووقوع الملك للمشتري فيها وقد حصل ذلك إذا مضى من المدة ما لو كانت حبل ظهر ذلك بها وليس في ذلك تقدير بشئ فيما يروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله إلا أن مشايخنا رحمهم الله قالوا يتبين ذلك بشهرين أو بثلاثة أشهر وكان محمد رحمه الله يقول أولاً يستبرئها بأربعة أشهر وعشراً اعتباراً بكثرة العدة وهي عدة الوفاة في حق الحرة ثم رجع وقال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام لأن أطول مدة العدة في حق الأمة هذا فإذا كان أقوى السببين وهو النكاح لا يجب على الأمة الاعتداد إلا بهذه المدة ففي أضعف السببين وهو الملك أولى أن لا يجب في استبرائها زيادة على هذه المدة. وقال زفر يستبرئها بحولين أكثر مدة الحمل وكان أبو مطيع البلخي يقول يستبرئها بتسعة أشهر لأنها مدة الحبل في النساء عادة قال والاول أصح لأن نصب المقادير بالرأى لا يكون وليس في ذلك نص ولو ملكها بهبة أو صدقة أو وصية أو ميراث أو جناية وجبت عليه أو جعل كتابة أو خلع فعليه الاستبراء فيها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقة * وكذلك لو كان له في جارية شقص فلك الباقي منها بوجه من الوجوه لأن حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقة يكون بعد ملكه جميع رقبته فعند ذلك يلزمه الاستبراء وهذا لأن ملك بعض الرقة بمنزلة بعض العلة وثبوت الحكم عند كمال العلة وأما ببعض العلة فلا يثبت شيء من الحكم قال وإذا اشتراها وهي حائض لم يحتسب بتلك الحيضة عليه وأن يستبرئها بحيضة أخرى وعن أبي يوسف أنها كما طهرت من هذه الحيضة فله أن يطأها لتبين فراغ رحمها بناء على أصله ولكننا نقول الشرع ألزمه الاستبراء بحيضة والحيضة لا تنجزاً وقد تمذر الاحتساب من الاستبراء بما مضى منها قبل الشراء فلا يحتسب بجميعها منه كما لو طلق امرأته في حالة الحيض لا يحتسب بهذه الحيضة من العدة ولأنه كان يحتسب بما بقي من الحيضة بعد الشراء من الاستبراء فعليه أكملها من حيضة أخرى فإذا وجب جزء من الحيضة الثانية وجبت كلها وكذلك إن كانت حاضت حيضة مستقبلة بعد الشراء قبل القبض لم يحتسب بتلك الحيضة من الاستبراء إلا على رواية أبي يوسف رحمه الله فإنه يقول تبين فراغ الرحم يحصل بالحيضة التي توجد في يد البائع كما يحصل بالحيضة التي توجد في يد المشتري ولكننا نقول ملك الوطاء بسبب ملك الرقة

انما يستفيده المشتري بالقبض لان الوطاء تصرف وملك التصرف يحصل للمشتري بالقبض
فالحیضة التي توجد قبل هذا لا يحتسب بها ولكن الموجود بعد العقد قبل القبض كالمقترن
بالعقد والموجود قبله بمنزلة الزوائد الحادثة والتخريف في المصير وكذلك ان وضعت على يدي
عدل حتى يتقد الثمن فحاضت عنده لان يد العدل فيها كيد البائع ألا ترى أنها لو هلك
انفسخ البيع وهلك من مال البائع قال واذا باع جارية ولم يسلمها حتى تاركة المشتري البيع
فيها ففي القياس على البائع أن يستبرئها بحيضة. وذكر أبو يوسف في الامالي أن أبا حنيفة كان
يقول أولا بالقياس ثم رجس الى الاستحسان فقال ليس عليه ان يستبرئها وهو قول ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله. وجه القياس أنها بالبيع خرجت عن ملكه ثم عادت اليه بالاقالة فقد
حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقة وهي العلة الموجبة للاستبراء ووجه الاستحسان
أنها في ضمان ملكه ما بقيت يده عليها بدليل أنها لو هلكت هلكت على ملكه فيجعل بقاؤه
فيها كبقائه الملك فاما اذا سلمها الى المشتري ثم تقايلا فلي البائع أن يستبرئها في ظاهر الرواية
لأنها خرجت من ملكه ويده وثبت ملك الحل فيها لغيره وهو المشتري فاذا عادت اليه
لزمه استبراء جديد كما لو استبرأها ابتداء بخلاف ما قبل التسليم وعن ابي يوسف قال اذا لم
يكن البائع فارق المشتري حتى تقايلا فليس عليه فيها استبراء لانه تيقن بفراغ رحمها من
ماء غيره قال واذا اشترى جارية لا تحيض فاستبرأها بعشرين يوما ثم حاضت بطل الاستبراء
بالايام لان الشهر بدل عن الحيض واكمال البدل بالاصل غير ممكن ولكن القدرة على
الاصل قبل حصول المقصود بالبدل يسقط اعتبار البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت واذا
حاضت عند المشتري حيضة ثم وجد بها عيا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة
لأنها عادت اليه بعد ما حدث ملك الحل فيها لغيره بسبب ملك الرقة فلي أن يستبرئها
سواء كان عودها اليه بسبب هو فسخ أو بمنزلة عقد جديد. وكذلك لو باع شقصا منها ثم
استقاله البيع فيها واشتراها لان بيع البعض كبيع الكل في زوال ملك الحل في حق البائع وفي
الوجين مجدد الحل بعد زوال ملكه ويده فلزمه استبراء جديد قال واذا رجعت الآفة
اوردت المنصوبة أو فكت المرهونة أو ردت عليه المؤجرة للخدمة قبل انقضاء العدة فليس
عليه أن يستبرئها لان ملك الحل مازال عنه بما عرض من الاسباب فان سببه ملك الرقة
ولم يحتل ملك الرقة بهذه الاسباب فبارتفاعها لا يتجدد ملك الحل له وكذلك لو كاتب أمته

ثم عجزت فليس عليه ان يستبرئها عندنا وقال الشافعي عليه ان يستبرئها لانها بالكتابة صارت كالخارجة عن ملكه حتى يفرم بوطئها المقدها ويفرم الارش لها لو جنى عليها يوضحه انها صارت بمنزلة الحرة يدا فتكون مملوكة له من وجه دون وجه فهو كالمالو باع نصفها ثم اشترى الباقي والدليل عليه انه لو زوجها من انسان ثم فارقتها الزوج وجب عليه ان يستبرئها لان ملك المنفعة زال عنه بالتزويج فكذلك بالكتابة وجه قولنا انها بعد الكتابة باقية على ملكه فقد قال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم والعبد يكون مملوكا لمولاه فكيف يقال زال ملكه وانحل وانما كاتبه ليعتق على ملكه الا ان بعقد الكتابة يثبت لها ملك اليد في منافعها ومكاسبها وملك الحل لا يثبت على ذلك وانما يثبت على ملك الرقبة وبسبب الكتابة لا يحتل ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء وانما يفرم الارش والعقد لان ذلك بمنزلة الكسب وقد جعلها أحق بكسبها فاذا عجزت فانما تقرره الملك الذي كان باقيا فلم يحدث ملك الحل بسبب ملك الرقبة فلا يلزمه الاستبراء فاما الزوجة اذا فارقتها زوجها فان كانت الفرقة بسبب يوجب عليها العدة فالعدة اقوى من الاستبراء وهو حق النكاح لا حق ملك اليمين وان طلقها الزوج قبل الدخول ففيه روايتان اشار اليهما في هذا الكتاب في احدي الرايتين يلزمه الاستبراء لانها حلت لغيره فاذا حلت له كان ذلك حلا متجددا وفي الكتابة ما حلت لغيره حتى يجعل ذلك حلا متجددا له وفي الرواية الاخرى ليس له ان يستبرئها وهو الاصح لانه لو لم يلزمه الاستبراء لكان ذلك بسبب ملك النكاح الثابت للزوج والوظيفة في النكاح العدة دون الاستبراء فاذا لم يجب عند الطلاق قبل الدخول ما هو وظيفة النكاح فلان لا يجب أولى الا ترى ان المطلقة قبل الدخول اذا كانت حرة كان لها ان تزوج عقيب الطلاق ويوطئها زوجها بالنكاح فكذلك للمولى ان يطأ أمته بعد الطلاق بالملك ولو وهبها لولد له صغير ذكر أو أنثى ثم اشتراها لنفسه منه كان عليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب تجدد ملك الرقبة ولو باعها على أنه بالخيار ثم نقض البيع لم يكن عليه ان يستبرئها لانه لم يحدث ملك الحل له لانها باقية على ملكه والحل الذي كان له باق في مدة خياره فبفسخ البيع لم يتجدد له ملك الحل فان كان الخيار للمشتري فردها بعد القبض فليس على البائع ان يستبرئها في قول أبي حنيفة لان المشتري لم يملكها مع بقاء خياره عنده وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليه ان يستبرئها لان المشتري قد ملكها ثم ردها بخيار الشرط كردها بخيار

العيب والرؤية بعد القبض واذا قبضها المشتري على شراء فاسد ثم ردها القاضي على البائع بفساد البيع فعليه ان يستبرئها لان المشتري ملك رقبها بالقبض فيحدث الحل للبائع بما عاد اليه من الملك * قال واذا غصب جارية فباعها من رجل وقبضها المشتري فوطئها ثم خاصم مولاهما الاول فقضى القاضي له بها فعليه ان يستبرئها بحیضة استحسانا وفي القياس لا يلزمه الاستبراء لان المشتري من الغاصب غاصب كالأول وقد بينا أن المفسوب منه اذا استرد المفسوبة فليس عليه فيها استبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها لانها حلت للمشتري حين اشتراها ومعنى هذا الكلام ان المشتري ما كان يعلم ان البائع غاصب وانما قدم على شرائها باعتبار ان البائع مالك فثبت له الحل من حيث الظاهر وان لم يثبت له الحل فيها باطنا فثبتت له ظاهر اقلنا اذا وطئها ثم استردها البائع كان عليه ان يستبرئها ولعدم ثبوت الحل فيها باطنا قلنا اذا لم يطأها فليس على البائع استبراء وهذا لان الوطء بشبهة النكاح في حكم العدة بمنزلة الوطء بحقيقة النكاح فكذلك الوطء بشبهة ملك الميمن بمنزلة الوطء بحقيقة الملك في حق وجوب الاستبراء على المالك وان كان المشتري يعلم ان البائع غاصب فليس على المولى ان يستبرئها اذا استردها لان الحل للمشتري لم يثبت فيها ظاهرا ولا باطنا ألا ترى انه لا يثبت نسب الولد منه هنا وان ادعى ذلك بعد ما وطئها وفي الاول يثبت نسب الولد منه وسقوط الحد عنه باعتبار صورة العقد الموقوف لا يثبت الحل له فيها فلا يجب على المالك لاجل ذلك استبراء كما لو لم يطأها المشتري * قال واذا زوج الرجل أمته وطلقها الزوج قبل الدخول كان للمولى ان يقر بها بعد ما يستبرئها بحیضة هذا في احدي الروايتين في هذه المسئلة وقد بينا وجه الروايتين . وان كانت تزوجت بغير اذنه ففرق بينهما قبل الدخول لم يكن عليه أن يستبرئها لانها ما حلت لغيره والامة لا تملك أن تزوج نفسها بغير اذن مولاهما وان فرق بينهما بعد الدخول لم يكن له أن يقر بها حتى تنقضي عدها لانه دخل بها بنكاح فاسد فيجب عليها العدة بسببه والعدة أقوى من الاستبراء * قال واذا وطئ جارية ولده ولم تعلق منه ثم اشتراها فعليه أن يستبرئها لان ملك الحل له فيها حدث بالشراء ووطؤه اياها قبل الشراء كان حراما وارتكاب المحرم لا يمنع وجوب الاستبراء اذا تقرر سببه وكذلك ان اشترى جارية من أبيه أو أمة مكاتبه فعليه ان يستبرئها لحدوث ملك الحل له بسبب ملك الرقبة * قال وان اشتراها من عبد تاجر له فلا استبراء عليه ان

كانت قد حاضت حيضة بعد ما اشتراها العبد ولا دين عليه لأن المولى ملك رقبته من وقت شراء العبد وقد حاضت بعد ذلك حيضة فيكفيه ذلك عن الاستبراء كما لو اشتراها له وكيله فخاضت في يد الوكيل حيضة وإن كان على العبد دين يحيط برقبته وبما في يده فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأن عندهما دين العبد لا يمنع ملك المولى في كسبه ولهذا لو أعتقها جاز عتقه تماماً عند أبي حنيفة فالقياس كذلك لأن العبد ليس أهلاً أن يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك للفرماء أيضاً بسبب دينهم والمولى أحق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع آخر فإذا حاضت بعد ما صار المولى أحق بها يجزئ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال عليه أن يستبرئها بعد ما يشتريها من العبد لأن قبل الشراء كان لا يملك رقبته عنده حتى إذا أعتقها لم ينفذ عتقه فأنما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه أن يستبرئها * قال وإن وهب جاريته لرجل وسلمها ثم رجع في الهبة فعليه أن يستبرئها لأنها حلت للموهوب له فتجدد للواهب ملك الحل فيها بالرجوع بعد ما حلت لغيره وكذلك إذا أصاب المسورة قبل القسمة أو بعدها لأن العبد وقد كانوا ملكوها بالأحرار . ألا ترى أنهم لو أسلموا عليها كانت لهم فتجدد له فيها ملك الحل حين استردها وإن أبت إلى دار الحرب فأخذوها فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنهم ملكوها وعند أبي حنيفة رحمه الله الآبق إذا دخل دار الحرب لا يملك بالأخذ فإذا ردت على المولى بغير شيء فهي باقية على ملكه كما كانت فلا يلزمه أن يستبرئها * قال وإذا باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم ردها عليه فليس عليه أن يستبرئها لأن المشتري لم يملكها فأن حق الحرية الثابتة فيها حقيقة الحرية في المنع من تملكها بالشراء . ألا ترى أنها لو كانت امرأته لم يفسد نكاحها ولو أعتقها لم يجز عتقه فيها ولو ولدت عند المشتري لم يثبت نسب الولد من المشتري وإن ادعاه فإذا لم يثبت فيها ملك الحل لغيره لا يلزمه استبراء جديد * قال وإذا أراد الرجل أن يبيع أمته وقد كان يطؤها فليس ينبغي له أن يبيعها حتى يستبرئها بحیضة هكذا روى عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما وهذا الاستبراء في حق البائع مستحب عندنا وقال مالك واجب لأنه يخرجها عن ملكه بعد وجوب السبب الشاغل لرحمائها وهو الوطء فهو نظير ما لو طلق امرأته بعد الدخول فهناك العدة واجبة لا مستحبة فكذلك الاستبراء هنا

وان كان عند الشراء يجب عليه الاستبراء لتوهم سبب اشتغال الرحم فلان يجب عند البيع وقد تقرر بسبب اشتغال رحمها أولى ولكننا نقول الاستبراء في ملك اليمين نظير العدة في النكاح ثم وجوب العدة يختص بأحد الطرفين فكذلك وجوب الاستبراء عند حدوث الملك فلو أوجبنا عليه الاستبراء عند ازالة الملك لأوجبنا عليه الاستبراء في الطرفين جميعا يوضحه ان الاستبراء على المولى لصيانة ماء نفسه من أن يسقى به زرع غيره وانما يتحقق هذا عند الشراء فاما عند البيع فلا يتحقق هذا في حق البائع ومعنى صيانة مائه يحصل بإيجاب الاستبراء على المشتري الا أنه لا يأمّن أن لا يستبرئها المشتري فيستحب له أن يستبرئها احتياطاً وإذا فعل ذلك ثم باعها فليس للمشتري أن يجتزئ بذلك الا في رواية شاذة عن أبي يوسف بناء على أصله في أن تبين فراغ رحمها يحصل به ولكننا نقول حدث ملك الحل فيها للمشتري بالشراء فعليه أن يستبرئها ولو أراد البائع أن يزوجه لم يكن له أن يزوجه حتى يستبرئها ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول لا فرق بين البيع والتزويج بل في الموضعين جميعا يستحب للمولى أن يستبرئها من غير أن يكون واجباً عليه ألا ترى أنه لو تزوجه قبل أن يستبرئها جاز كما لو باعها قبل أن يستبرئها والا ظهر ان عليه أن يستبرئها ان أراد أن يزوجه بعد ما وطئها صيانة لمائه لأنه لا يجب على الزوج أن يستبرئها ليحصل معنى الصيانة له بخلاف البيع فهناك يجب على المشتري ان يستبرئها فيحصل معنى الصيانة وان زوجها قبل أن يستبرئها جاز لأن وجوب الاستبراء على المولى لا على الامة ولا يمنع صحة تزويجها والأحسن للزوج أن لا يقربها حتى تمحيض حيضة وليس ذلك بواجب عليه في القضاء وفي الجامع الصغير قال للزوج ان يطأها قبل أن يستبرئها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها كي لا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لأن ذلك حرام * قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة في طهر واحد وجه قولهما ان الاستبراء وظيفة ملك اليمين كما أن العدة وظيفة ملك النكاح فكما لا ينقل وظيفة النكاح الى ملك اليمين فكذلك لا ينقل وظيفة ملك اليمين الى النكاح وكذلك ان أراد أن يزوجه أم ولده أو مدبرته فهي في ذلك كالامة * قال واذا زنت أمة الرجل فليس عليه أن يستبرئها بحيضة لأنه لا حرمة لماء الزنا والشرع ما جعل للزاني الا الحجر وليس في الزنا استبراء ولا عدة * وقال زفر عليه ان يستبرئها بحيضة صيانة لماء نفسه عن الخلط

بماء غير وفي الجامع الصغير ذكر عن محمد قال أحب الى أن لا يبطأها حتى يستبرئها
بحيضة فإن حبلت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لأنه لو وضعتها كان ساقيا ماءه زرع
غيره وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع
غيره * قال أمة بين رجلين باع أحدهما كلها وسلم الآخر البيع بعد ما حاضت عند
المشترى حيضة فعليه أن يستبرئها بعد جواز البيع كله لأن ملك الحل لا يثبت له ما لم يملك
جميع رقبتها وذلك بعد اجازة البيع . وكذلك لو باع أمة رجل بغير اذنه فقبضها المشتري
وحاضت عنده حيضة ثم أجاز المولى البيع كان عليه أن يستبرئها لأن ملك الحل إنما
يثبت له بعد اجازة المالك البيع عندنا وأصل المسئلة أن بيع الفضولي يتوقف على اجازة
المالك عندنا ويجعل اجازته في الانتهاء كالإذن في الابتداء وعند الشافعي لا يتوقف
بل يلغو بيع مال الغير بغير إذن المالك وكذلك كل ماله مجيز حال وقوعه من العقود
والفسوخ والنكاح والطلاق فهو على هذا الخلاف . واحتج الشافعي بنهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ومطلق النهي يوجب فساد النهي عنه والفساد من
العقود عنده غير مشروع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض
فكون بيع ما يقبض ولم يملك منها عنه أولى والمعنى فيه أن تصرفه صادف محلا لا ولاية
له على ذلك المحل فبلغ كبيع الطير في الهواء والسماك في الماء فإنه لا ينقصد وان أخذه بعد
ذلك وهذا لأن انقضاء العقد يستدعي محلا ويختص بمحل للعاقدة عليه ولاية فإذا انقضت
الولاية على المحل ينزل ذلك . نزلة انقضاء الأهلية في التصرف عند العقد وذلك يوجب
النفاء كالصبي والمجنون إذا طلق امرأته يلغو ذلك ولا ينقصد وان أجازته بعد البلوغ فكذلك
هذا وهذا بخلاف قول المشتري قبل إيجاب البائع قد اشترت منك بكذا فإن ذلك تصرف
في ذمة نفسه بالتزام الثمن إذا أوجب البائع البيع وهو محل ولايته . والدليل عليه أن المشتري
إذا باع المبيع قبل القبض ثم قبضه لا ينفذ ذلك البيع وكذلك لو أجازته البائع لانقضاء ولاية
العاقدة على المحل يدا وكذلك لو باع الآبق ثم رجع من أباقه لم ينفذ ذلك البيع فإذا انقضت
ولايته ملكا وبدا على المحل أولى وكذلك لو باع مال الغير ثم اشتراه من المالك أو ورثه يبطل
البيع ولا ينفذ فإذا لم يجز أن ينفذ هذا العقد من جهة العاقدة باعتبار ملكه فلا أن لا ينفذ من جهة
غيره بإجازته أولى . وحجتنا في ذلك ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام

دينارا وأمره أن يشتري له أضحية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ثم اشترى شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك فقال صلوات الله عليه وسلامه بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضع بها وأما الدينار فتصدق به فقد باع ما اشترى له بغير أمره ثم أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيعه ولا يجوز أن يقال كان هو وكلا مطلقا بالبيع والشراء لأن هذا شيء لا يمكن إثباته بغير نقل ولو كان لنقل على سبيل المدح له فالمنقول أمره أن يشتري له أضحية وبهذا لا يصير وكلا مطلقا التصرف ودفع رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا الى عروة البارقي رضي الله عنه وأمره أن يشتري أضحية فاشتري بالدينار شاتين ثم باع احدهما بدينار وجاء بالآخرى مع الدينار الى النبي صلى الله عليه وسلم فجوز عليه الصلاة والسلام ذلك ودعا له بالخير ولو لم يكن البيع موقوفاً على اجازته لأمره بالاسترداد . والمعنى فيه ان هذا تصرف صدر من أهله في محله فلا ينفو كما لو حصل من المالك وكالوصية بالمال ممن عليه الدين وبأكثر من الثلث ممن لادين عليه وهذا لأن التصرف كلام وهو فعل اللسان فحده ماهو حد سائر الأفعال وتحقيق الفعل ينتقل من فاعل في محل ينعمل فيه فهذا يكون حد التصرف باللسان واذا صدر من أهله في محله تحقق به وجوده ثم قد يتمتع نفوذه شرعا لما منع فيتوقف على زوال ذلك المانع وبالإجارة يزول المانع وهو عدم رضا المالك به وبيان الأهلية في التصرف أن التصرف كلام والأهلية للكلام حقيقة بالتميز واعتباره شرعا بالخطاب وبيان المحلية أن البيع تمليك مال بمال فالمحل انما يكون محلا بكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعائد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ألا ترى أنه لو باع باذن المالك جاز وما ليس بمحل فبالاذن لا يصير محلا ولو باع المالك بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المتصرف مالكا أو غير مالكا فاذا قبل اعتبار التصرف شرعا لحكمه لا لعينه والمراد بالاسباب الشرعية أحكامها واشتراط الملك في المحل لاجل الحكم بالتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا لنا تصرفه لانعدام حكمه في الجواب عن هذا السؤال طريقان أحدهما أن نقول لانسلم أن الحكم لا يثبت لهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك الموقوف كما يثبت بالسبب البات ملك بات ولهذا لو أعتق المشتري ثم أجاز المالك البيع نفذ عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك في إثبات ملك موقوف به . ذا السبب كما لا ضرر عليه في انقضاء السبب وإنما الضرر في زوال ملكه وبالمالك الموقوف لا يزول ملكه

البات والثاني ان السبب انما يلغو إذا خلا عن الحكم شرعا فاما اذا تأخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل بالسبب وتارة يتأخر كما في البيع بشرط الخيار وهنا الحكم يتأخر الى اجازة المالك ولا ينعدم أصلا لأن انعدام الحكم في الحال لرفع الضرر عن المالك وفي تأخير الحكم الى وجود الاجازة توفر المنفعة عليه فانه اذا صار مستندا بالنظر ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله فيكون فيه محض منفعة له فلهذا انعقد السبب في الحال على أن يحمل اجازته في الانتهاء كاذنه في الابتداء بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء فهناك لنا العقد لانعدام محله والحل غير مملوك أصلا ولا يكون قابلا للتملك وكذلك طلاق الصبي امرأته انما لنا لانعدام الأهلية في التصرف فان اعتبار عقل الصبي وتميزه لتوفير المنفعة عليه وما يتحضر ضررا ينعدم فيه هذا المعنى ولا يحمل أهلا باعتباره ودليل أن الطلاق يتحضر ضررا أن الولي لا يملك عليه هذا التصرف وإنما لنا لانعدام حكمه أصلا فامرأة العبي ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها بالايقاع ألا ترى انه لا يقع عليها باذن الولي ولا بايقاعه فاما مال الغير فحل الحكم البيع حتى يثبت فيه حكم البيع عند اذن المالك أو مباشرة بنفسه وهذا بخلاف بيع الآبق والمبيع قبل القبض فان ذلك لا يصير لغوا بل ينعقد فاسدا لانعدام شرط الصحة وهو قدرة العاقد على تسليم الموقوف عليه وبخلاف ما إذا اشترى العاقد ماباعه لأن حكم ذلك السبب لا يمكن اثباته باعتبار الملك الحادث له فحكم السبب ثبوت الملك للمشتري من وقت العقد وإنما يتأتى ذلك باعتبار ملك من كان مالكا وقت العقد وقد زال ذلك بازائه فلو نفذ باعتبار الملك الحادث نفذ، مقصورا على الحال وحكم السبب ليس هذا فاما عند الاجازة فيثبت الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة وهذا هو تأويل النهي عن بيع ماليس عند الانسان ان المراد اذا باعه ثم اشتراه وأراد تسليمه بحكم ذلك العقد بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام رضي الله عنه قال يا رسول الله ان الرجل ليأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فايها منه ثم أدخل السوق فاشترى بها فاسلمها فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ماليس عندك اذا عرفنا هذا في بيان مشكلة الاستبراء فالملك النافذ للمشتري لا يكون الا بعد الاجازة والحل يبنى على ذلك ولا يحتسب بالحيفه التي توجد قبل الاجازة من الاستبراء فتلك دون الحيفه الموجودة في يد البائع بعد تمام البيع فاذا كان لا يحتسب بهامن الاستبراء فهذا أولى ولو كان البائع هو المالك لها فسلمها وحاضرت

بعد ما قبضها المشتري قبل ان يتفرقا عن مجلس العقد فانه يحتسب بهذه الحيلة من الاستبراء عندنا خلافا للشافعي وهو بناء على خيار المجلس فان عندنا البيع يلزم بنفسه ويتم الملك للمشتري بالقبض وليس لواحد منهما ان ينفرد بالفسخ قبل الافتراق عن المجلس ولا بعده وعند الشافعي خيار المجلس ثابت لكل واحد منهما فاما ان يتفرقا فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر ويرضى به صاحبه وله في وقوع الملك للمشتري قولان . واحتج بحديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولا يكونا متبايعين إلا بعد الايجاب والقبول وقد نص على اثبات الخيار لكل واحد منهما ما لم يتفرقا والمراد التفرق عن المجلس بدليل ما ذكره في رواية أخرى المتبايعان كل واحد منهما على صاحبه بالخيار ما لم يتفرقا عن مكانهما الذي تبايعا فيه وراوى الحديث ابن عمر رضى الله عنهما وقد فهم منه الافتراق عن المجلس على ما يروى انه كان إذا أراد أن يوجب البيع شي هنية والمعنى فيه أن هذا عقد عليك المال فلا يلزم بنفسه ما لم ينضم اليه ما يتأيد به كعقد الهبة فانه لا يوجب الملك بنفسه ما لم ينضم اليه القبض وتأثيره أن المال مبتذل تكثر المعاملة فيه ويقع العقد عليه بعينه من غير نظر وروية والمقصود به الاسترباح ولا يحصل هذا المقصود الا بعد نظر وروية فثبتت الشرع الخيار لكل واحد منهما به مادام في المجلس ليتحقق به ما هو المقصود لكل واحد منهما بخلاف النكاح فانه في العادة لا يقع بقتة وانما يكون بعد تقدم الخطبة والراودة ثم إنما تعدر هذا الخيار بالمجلس لأن حال المجلس جعل كحالة العقد ألا ترى أن في الصرف والسلام القبض الموجود في المجلس كالقبض المقترون بالعقد ثم حالة العقد وهو ما بعد الايجاب قبل القبول يثبت الخيار لكل واحد منهما فكذلك يثبت مادام في المجلس إلا أن يقول أحدهما لصاحبه اختر فيستدل بهذا اللفظ على تمام النظر والروية فيسقط به الخيار . وحجتنا في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقد شرط امضاء العقد بينهما فيلزمهما الوفاء بظاهر الحديث وقال عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار والصفقة هي النافذة اللازمة فتبين ان البيع نوعان لازم وغير لازم بشرط الخيار فيه فن قال بأن الخيار يثبت في كل بيع فقد خالف هذا الحديث والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فطلقة يوجب اللزوم بنفسه كالنكاح وتأثير هذا الكلام ان العقد يتقوى بصفة المعاوضة وإنما يظهر فوته في حكمه حتى لا ينفرد

أحدهما برفعه وبه فارق التبرع فهو ضعيف لخلوه عن العوض ولهذا لا يثبت الحكم به إلا بالقبض ثم لزوم هذه المعاوضة تعتمد تمام الرضا من المتعاقدين وبه يلزم بعد المجلس فكذلك في المجلس لأنه لا أثر لبقائهما في المجلس في المنع من تمام الرضا والدليل عليه أنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فانه يلزم العقد مع بقاءهما في المجلس لوجود الرضا وإيجاب العقد مطلقاً أدل على الرضا من هذه الكلمة ثم الشرع ممكن كل واحد منهما من دفع العين عن نفسه بشرط الخيار فإذا لم يفضل فهو الذي ترك النظر لنفسه ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له ثم الفسخ ضد العقد فما هو المقصود بالعقد لا يحصل بالفسخ بل هو متمين في إضاء العقد فهذا يقتضي أن لا يثبت حق الفسخ لواحد منهما بحال إلا أن الشرع ممكن كل واحد منهما من اشتراط الخيار لنفسه ليتمكن به من الفسخ إذا ظهر أن منفعة فيه فإذا لم يشترط الخيار عرفنا أنه إنما قصد تحصيل ما هو المطلوب بالعقد وهو الملك في البذل وفي لزوم العقد بنفسه يحصل هذا المقصود لا تقويته فاما الحديث فرواية مالك رحمه الله ومن مذهبه أنه لا يثبت خيار المجلس وقتوى الراوى بخلاف الحديث دليل ضعفه ثم المراد بالحديث ان صحح المتساومان فان حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالتقابلين والمناظرين وبه نقول ان لكل واحد من المتساومين الخيار أو المراد بالتفرق التفرق بالقول دون المكان يعنى أنهما جميعاً بالخيار ان شاء آفسخا البيع بالاقالة مالم يثرق رأيهما في ذلك وذكر أبو يوسف في الأمالى ان تأويل هذا الحديث إذا قال لغيره بنى هذه السلعة بكذا فيقول الآخر بعت وبه يتأول ان يمد هذا الكلام قبل قول المشتري اشتريت لكل واحد منهما الخيار مالم يثرقا عن ذلك المجلس وهذا صحيح فهما متبايعان في هذه الحالة لوجود التكامل بالبيع منهما وعلى أصل الشافعى بهذا اللفظ ينقد البيع بينهما ثم يثبت الخيار لكل واحد منهما مالم يثرقا عن المجلس ان شاء قال المشتري اشتريت حتى يتم البيع وان شاء رجع البائع أو قام من المجلس قبل أن يقول المشتري اشتريت * قال وإذا ارتدت أمة لرجل ثم تاب لم يكن عليه أن يستبرئها لأنها لم تخرج عن ملكه ولم تحمل لغيره إنما حرمت عليه مارض الردة ثم زال ذلك بالتوبة فهو بمنزلة مالهو حرمت عليه بالحض * قال وإذا اشترى أمة لها زوج ولم يدخل بها وطلقها قبل أن يقبضها المشتري فلي المشتري أن يستبرئها لأن وقت وجوب الاستبراء على المشتري وقت القبض وهي فارغة عن حق الغير عند القبض

فوجود النكاح عند العقد وعدمه سواء وان طلقها الزوج بعد ما قبضها المشتري فليس عليه أن يستبرئاً لأنه حين قبضها لم يلزمه الاستبراء لكونها مشغولة بحق الزوج فخفه يمنع ثبوت ملك الحل له بملك الرقبة وإذا لم يلزمه الاستبراء عند القبض لا يلزمه بعد ذلك لأنه لو لزمه الاستبراء إنما يلزمه بالطلاق قبل الدخول والطلاق لا يوجب الاستبراء وهذه هي الرواية الأخرى في أن الزوج إذا طلقها قبل لدخول لا يجب على المولى به الاستبراء ولو استبرأها وقبضها ثم زوجها فإن مات عنها زوجها واعتدت عدة الوفاة ولم تحض ولا بأس بأن يطأها لما بينا أن العدة أقوى من الاستبراء فعند ظهور العدة لا يظهر حكم الاستبراء وان طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض عنده لم يطأها المشتري حتى يستبرئاً بحیضة لأن الاستبراء قد وجب هنا حين قبضها وهي فارغة وبالطلاق قبل الدخول ارتفع النكاح لا إلى أثر فيظهر ما كان من الحكم قبل النكاح والطلاق وهو الاستبراء الواجب على المشتري وإن كانت قد حاضت حيضة عند الزوج قبل الطلاق أجزاء تلك الحيضة عن الاستبراء لأنها حاضتها بعد ما وجب الاستبراء على المشتري بالقبض وتلك الحيضة يتبين فراغ رحمها من ماء البائع فيجتزئ بهامن الاستبراء لأنها حاضتها بعد ما وجب الاستبراء بالقبض وفي كتاب الحيل قال أن زوجها المشتري عبداً له قبل أن يقبضها ثم قبضها ثم طلقها العبد قبل أن يدخل بها وقبل أن تحيض فللمشتري أن يطأها من غير استبراء وهو صحيح فتزويجه إياها قبل القبض صحيح كالاتفاق لأن النكاح لا يمنع صحته بسبب الفرار أو أن وجوب الاستبراء بعد القبض وقد قبضها وهي مشغولة بالنكاح فلم يلزمه الاستبراء عند ذلك ولا بالطلاق بعد ذلك وهذه هي الحيلة لاسقاط الاستبراء في حق من كان تحت حرة لأنه لا يمكنه أن يتزوجها بنفسه وإن لم يكن تحت حرة فالحيلة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها فيقبضها فلا يلزمه الاستبراء لأن بالنكاح يثبت له عليها الفراش وإنما اشتراها وهي فراشه وقيام الفراش له عليها دليل على تبين فراغ رحمها من ماء الغير شرعاً ثم الحل لم يتجدد له بملك الرقبة لأنها كانت حلالاً له بالنكاح قبل ذلك ولا بأس بالاحتياط لاسقاط الاستبراء بهذه الصفة إذا علم أن البائع لم يكن وطئها في هذا الطهر وفي قول أبي يوسف وقال محمد يكره ذلك وهو نظير ما تقدم من الحيلة لاسقاط الزكاة فعند أبي يوسف هو يتمتع من التزام حكم مخافة أن لا يتمكن من الوفاء به إذا لزمه ومحمد يقول الفرار من الأحكام الشرعية ليس من

أخلاق المؤمنين فيكره له اكتساب سبب الفرار وهكذا الخلاف في الحيلة لاسقاط
الشفعة والله أعلم

باب الاستبراء في الاختين

قال واذا وطئ الرجل أمة ثم اشترى اختها كان له أن يطأ الاولى وليس له أن يطأ الثانية لأنه
إذا وطئ الثانية يصير جامعاً بين الاختين وطئاً بملك اليمين وذلك لا يحل لظاهر قوله تعالى
وأن تجمعوا بين الاختين وكان في هذا الفصل اختلاف بين عثمان وعلي رضي الله عنهما فكان
عثمان رضي الله عنه يقول أحلتها آية يعني قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وحرمتها آية يعني
قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين فكان يوقف فيه وكان علي رضي الله عنه يرجع آية التحريم
لأنه إن كان المراد الجمع بينهما وطئاً فهو نص خاص وإن كان المراد الجمع بينهما نكاحاً فالنكاح سبب
مشروع للوطء فحرمة الجمع بينهما نكاحاً دليل على حرمة الجمع بينهما وطئاً واخذنا بقول علي رضي
الله عنه احتياطاً لتغليب الحرمة على الحل والاباحة ولذا قال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال
والحرام في شيء الا غلب الحرام الحلال * وإن لم يكن وطئ الاولى حتى اشترى الثانية أو
اشترى أمة فلا أن يطأ أيتهما شاء لأن كل واحدة منهما مملوكة له وبوطء احدهما لا يصير
مرتكباً لما هو المحرم وهو الجمع بينهما وطئاً فله أن يطأ أيتهما شاء فإن وطئ احدهما لم
يكن له أن يطأ الاخرى لأنه لو وطئ الاخرى صار جامعاً بينهما وطئاً فان وطئهما جميعاً
أو قبلهما أو نظر الى فرجيهما بشهوة فقد أساء بارتكاب الجمع المحرم فكما يحرم الجمع بينهما
في دواعي الوطء والتقبيل والنظر الى الفرج بشهوة من جملة الدواعي كالنكاح ولهذا ثبتت
به حرمة المصاهرة كما ثبتت بالوطء ثم ليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم على نفسه
احدهما يبيع أو نكاح أو تبرع لأنه إذا أراد أن يطأ احدهما والاخره موطوءته ولهذا
لو كانت موطوءته على الخصوص لم يكن له أن يطأ اختها بالملك حتى يحرمها على نفسه فكذلك
هذا الحكم بعد ما وطئهما فان زوج احدهما فله أن يطأ الباقية منهما لأن المنكوحة صارت
فراشاً للزوج وبثبوت الفراش الصحيح للزوج ينعدم أثر وطء المولى حكماً ولهذا لوجاءت
بالولد بعد ذلك لا يثبت النسب من المولى وإن ادعاه فيكون هذا بمنزلة الطلاق قبل الدخول
ولو طلق احدي الاختين قبل الدخول كان له أن يتزوج بالآخرى من ساعته فهذا أيضاً له أن

بجامع الاخرى غير انى لأحب له أن يجامعها حتى تحيض اختها حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يجمع ماءه في رحم اختين وكذلك الزوج يستحب له أن لا يقرب التي تزوج حتى تحيض حيضة لقوله صلى الله عليه وسلم لا ينبغي لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة في طهر واحد فان طلقها الزوج وانقضت عدتها لم ينبغ للمولى أن يطأ واحدة منهما حتى يزوج احدهما أو يبيع لأن حق الزوج يسقط عنها بالطلاق ولم يبق له أثر بعد انقضاء المدة فعاد الحكم الذي كان قبل التزويج وكذلك لو باع احدهما وسلم ثم اشتراها أو ردت عليه بعب فليس له أن يطأ واحدة منهما حتى يحرم إحداها على نفسه هكذا روى عن ابن عمر رضى الله عنهما وهذا لانهما اجتماعا في ملكه وكل واحدة منهما موطوءة فكانت هذه الحالة كحاله قبل البيع في المنع * قال واذا ارتدت إحداها عن الاسلام والعياذ بالله لم يحل له أن يطأ الاخرى لان المرتدة في ملكه بعد ولم يثبت فيها حل لغيره وحرمتها عليه بالردة كحرمتها بالحيض وكذلك الرهن والاجارة والتدبير فباشترته في احداها لا يخرجها عن ملكه ولا يحرمها عليه ولا يحل له أن يطأ الاخرى باعتباره وكذلك ان لحق احداها دين أو جناية فانها لم تخرج من ملكه ما لم تدفع أو تبع فاذا دفعت أو بيعت في الدين فقد خرجت من ملكه وحصل له وطء الاخرى عند ذلك * قال ولو كاتب احداها أو اعتق بعضها فقضي عليها بالسعاية أو لم يقض حل له أن يطأ الاخرى أما في معتقة البعض فهو غير مشكل لأن ملكه زال عنها بقدر ما اعتق وزوال ملكه عن بعضها في حكم الحرمة كزوال ملكه عن جميعها وفي الكتابة الجواب مشكل فقد ذكرنا في الباب المتقدم انها بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها لغيره وكان ينبغي أن لا يحل له وطء الاخرى ولكن قال ملك المولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه العقد بوطنها وجعل وطئه اياها وطئا في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة فتجب الفراءة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزوله بتزويجها أو بيع بعضها فيحل له أن يطأ الاخرى وكذلك لو وهب احداها أو وهب شقها منها وسلم فهو والبيع سواء وكذلك لو أسرها العدو وأحرزوها بدارهم لانهم ملكوها بالاحراز * ولو أبت اليهم لم يحل له وطء الباقية في قول أبي حنيفة لانهم لم يملكوا الا بقى بالأخذ فهي باقية على ملكه وعند أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله اذا أخذوها ملكوها بالاحراز فيحل له وطء الأخرى * قال ولو زوج
احدهما نكاحا فاسدا فوطئها زوجها ثم فرق بينهما فله أن يطأ أختها لأن العدة وجبت على
التي زوجها والعدة بمنزلة النكاح في حرمتها بها على المولى فيحل له أن يطأ أختها وان كانت
عند الزوج لم يفرق بينهما ولم يدخل بها أو فرق بينهما قبل الدخول لم يكن له أن يقرب
الاخت لأن النكاح الفاسد لا يحرمها على المولى ولا يثبت للزوج عليها فراش فوجوده
وعدمه سواء وان باع احدهما بيعا فاسدا وقبضها المشتري حل له وطء الأخرى لأن
المشتري ملكها بالقبض وان كان لا يحل له ووطئها لفساد البيع وبخروج احدهما عن ملكه
يحل له وطء الأخرى لان المشتري ملكها بالقبض فان تراد البيع فليس له أن يطأ واجدة منها
حتى يحرم احدهما عليه فان باع التي لم يبع لم يقرب التي ردت عليه حتى يستبرئها بحیضة لخروجها
عن يده وملكه بالتسليم بحكم البيع الفاسد * قال واذا تزوج اخت جاريته التي وطئها لم يقرب
واحدة منهما حتى يملك فرج أمته غيره لأن التي تزوجها صارت فراشا له بنفس النكاح حتى
لو جاءت بالولد يثبت النسب منه فكانت كالموطوءة حكما فلماذا لا يقرب أمته ولا يقرب
المنكوحه لانه وطئ أختها بالملك فيصير بهذا الفعل جامعا بين الاختين وطئا وذلك حرام
وقال مالك له أن يطأ أمته كما كان يطؤها قبل النكاح وجعل نكاحه أختها بمنزلة شرائه
أختها والفرق بينهما ما ذكرنا فانها بنفس الشراء ماصارت فراشا له حتى لو جاءت بالولد لا يثبت
النسب . ولو اشترى أخت امرأته وهي أمة كان له أن يطأ الاولى وهي المنكوحه لان الثانية
بنفس الشراء ماصارت فراشا له ويستوى ان كان وطئ المنكوحه أو لم يطأها لان
بالنكاح صارت فراشا له والتحقت بالموطوءة . ولو اشترى عمه أمته التي وطئها أو خالتها أو
بنت أختها أو بنت أخيها من نسب أو رضاع فهو بمنزلة شراء الاخت لان الجمع بين هاتين في
النكاح حرام فكذلك يحرم الجمع بينهما وطئا بملك الميمن * قال واذا اشترى جارية وقبضها
وعليها عدة من زوج من طلاق أو وفاة يوم أو أكثر من ذلك فليس عليه بعد مضي تلك
المدة استبراء استحصانا لان العدة من حقوق النكاح فتعمل عمل أصل النكاح في المنع
من وجوب الاستبراء ولو كانت منكوحه عند القبض بالشراء لم يجب على المشتري فيها
استبراء فكذلك اذا كانت معتدة ألا ترى انها لو كانت حاملا فولدت بعد ما قبضها المشتري
لم يلزمه استبراء آخر فكذلك اذا انقضت عدتها بنير ولده * قال واذا اشترى جارية لها زوج

وقبضها ثم طلقها الزوج قبل أن يدخل بها وقد كان البائع وطئها قبل أن يزوجها لم ينبغ للمشتري أن يقربها حتى تمحيض حيضة استحسانا لانه لو قربها أدى الى اجتماع الرجلين على امرأة واحدة في طهر واحد وقيل هنا الاستبراء مستحب لا واجب كما يستحب للزوج أن يستبرئها قبل أن يطأها اذا علم ان المولى وطئها في هذا الطهر فكذلك حال المشتري بعد طلاق الزوج مثله وقيل بل في حق المشتري الاستبراء واجب وهو احدى الروايتين في أن الطلاق قبل الدخول يوجب الاستبراء على المشتري فان كانت قد حاضت حيضة بعد وطء البائع فلا بأس بان يقربها المشتري ولا يستبرئها فهذا تبين أن المنع في الفصل الاول لكيلا يؤدي الى اجتماع رجلين على امرأة واحدة في طهر واحد لا لوجوب الاستبراء على المشتري عند الطلاق * قال واذا اشترى المكاتب جارية وقبضها فخاضت عنده ثم عتق حل له أن يطأها لأن المكاتب في حكم ملك التصرف بمنزلة الحر وبالشراء يثبت له حق الملك فتأكد ذلك بالعتق وبالحيضة التي توجد في يده بعد ذلك يتبين له فراغ رحمها من ماء الغير فيحتسب بها من استبرائه * قال ألا ترى أن مولا اذا اشتراها منه قبل أن يعتق كان عليه ان يستبرئها بحيضة يعني أن المولى في كسب مكاتبه كالأجنبي والمعتبر ملك المكاتب فيها قبل العجز لا ملك المولى فان عجز المكاتب لم يطأها المولى حتى يستبرئها بحيضة لان المولى انما ملكها بعد عجز المكاتب وهذا لأن ملك الحل بمنزلة ملك التصرف والمكاتب هو المستبد بالتصرف في ملكه قبل العجز وانما يملك المولى التصرف بعد عجز المكاتب فيلزمه استبراء جديد ألا ترى أن المشتراة قبل القبض اذا حاضت ثم قبضها يلزمه استبراء جديد وان كان هو قبل القبض مالكا رقبته فهذا أولى فان كانت أم المكاتب أو ابنته لم يكن على المولى أن يستبرئها لأنها تكتسب عليه وكل من دخل في كتابته فهو مملوك المولى حتى ينفذ عتقه فيه كما ينفذ في المكاتب فكما أن المكاتب اذا عجزت لا يجب على المولى أن يستبرئها فكذلك لا يجب عليه الاستبراء متى صارت مكاتبه معه ولو كانت اخت المكاتب أو ذات رحم محرم منه فكذلك الجواب عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لأنها قد تكتسبت عليه وعند أبي حنيفة لا تكتسب ماسوى الوالدين والمولودين فيجب على المولى فيها الاستبراء بعد العجز كما في الأجنبية ألا ترى أن المولى لو أعتقها لم ينفذ عتقه فيها عنده ولا يمتنع عليه * قال ولو اشترى النصراني جارية فليس عليه أن يستبرئها لأن ما فيه من الشرك أعظم من ترك الاستبراء معناه ان وجوب الاستبراء لحق الشرع والكافر لا يخاطب

بما هو أهم من الاستبراء كالعبادات فإن أسلم قبل أن يطأها وقبل أن تحيض حيضة ففي القياس ليس عليه أن يستبرئها لأن أو أن وجوب الاستبراء عند القبض ولم يلزمه عند ذلك فلا يجب من بعد كما لو كانت منكوحة أو معتدة حين قبضها وفي الاستحسان عليه أن يستبرئها بحيضة لأن وقت الاستبراء من حين يقبضها إلى أن تحيض حيضة فإذا أسلم وقد بقي شيء من وقت الاستبراء يجعل ذلك لوجود الاسلام في أول الوقت كالكافر إذا أسلم في آخر وقت الصلاة يلزمه تلك الصلاة لهذا المعنى فإن وطئها قبل اسلامه ثم أسلم لم يكن عليه أن يستبرئها لأن وقت الاستبراء ما قبل الوطء لانه يستبرئ رجها من ماء غيره لا من ماء نفسه وبعد الوطء لو استبرأها انما يستبرئها من ماء نفسه * قال واذا اشترى جارية مجوسية فخاضت عنده حيضة ثم أسلمت حل له أن يطأها لان تلك الحيضة وجدت بعد تمام الملك له فيها فيجترئ بها من الاستبراء وكذلك ان كانت محرمة فخاضت في احرامها ثم حلت * قال واذا اشترى جارية هي اخت البائع من الرضاع أو كانت حراما عليه بوجه من الوجوه فطلى المشتري أن يستبرئها لانه حدث له فيها ملك الحل بسبب ملك الرقبة فهو كما لو اشترى من امرأة * قال وان اشترى جارية فلم يقبضها حتى ردها بخيار أو عيب فليس على البائع أن يستبرئها لانها لم تخرج من ضمان ملكه حين عادت اليه والله أعلم

باب آخر من الخيار

قال واذا رأى الرجل عند رجل جارية فساومه عليها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك متنتبة فاشترها ثم مسمى ولم يعلم انها تلك الجارية ولم يقع بينهما منق يفتد به أنه قد عرفها فهو بالخيار اذا كسفت ثيابها وهذا بمنزلة من اشترى شيئا لم يره لان الرؤية السابقة لم تغد له العلم بأوصاف المفقود عليه لما لم يعلم انها تلك الجارية وثبت خيار الرؤية للجهل بأوصاف المفقود عليه فانما يسقط خياره برؤية تفيد العلم بأوصاف المفقود عليه فما لم يفده بأوصاف المفقود عليه فوجوده كعدمه أرأيت لو رآها عنده ثم رآها متنتبة عند آخر ولا يعلم انها تلك الجارية فاشترها أما كان له الخيار اذا كسفت ثيابها فكذلك اذا اشترها من الاول * قال ولو نظر الى جراب هروى فقلبه ثم ان صاحب الجراب قطع منه ثوبا ثم أخبره انه قطع منه ثوبا ولم يره اياه ثانية حتى اشتراه فهو بالخيار اذا رآه لان الثياب عدد متفاوت ولذا لا يجوز

شراء ثوب من الجراب بغير عينه فاذا لم يكن ما قطع منه معلوما عند المشتري لم يكن ما يتناوله العقد أيضا معلوم الوصف عنده فثبت له الخيار عند الرؤية . ألا ترى انه لو اشترى الجراب الا ثوبا منها بغير عينه لم يحز الشراء فكذلك اذا كان لا يعلم ما قطع البائع منها بعد رؤيته فله قطع أجودها والمشتري يظن أنه قطع أردأها فلهذا كان له الخيار اذا رآه . قال ولو عرض رجل على رجلين فلم يشترهما ثم لف أحدهما في منديل ثم اشتراه منه ولم يره ولم يعلم أيهما هو فهو بالخيار اذا رآه لان الرؤية المتقدمة لا تفيد العلم بأوصاف العقود عليه فلعل المشتري يظن انه أجودهما وهو أردؤهما ولو أتاه بالثوبين جميعا وقد لف كل واحد منهما في منديل فقال هذان الثوبان اللذان قد عرضت عليك أمس فقال أخذت هذا لأحدهما بعشرين درهما وهذا بعشرة في صفتين أو صفقة ولم يرها في هذه المدة فأوجبها له فهو بالخيار لانه لما خالف بينهما في الثمن فاهو المقصود لا يحصل له ما لم يعلم بأوصاف كل واحد منهما بعينه لجواز ان يظن أن الذي اشتراه بعشرين درهما أجودهما والذي اشتراه بعشرة أردؤهما والحال بخلاف ذلك فربما يهلك أحدهما أو يجده عيبا يحتاج الى رده فلا يدفع الثمن عنه ما لم يعرف كل واحد منهما بعينه . ولو قال قد أخذت كل واحد منهما بعشرة أو بعشرين جاز ذلك ولا خيار له لانه أخذهما صفقة واحدة ولم يفصل أحدهما في الثمن وقد كانا معلوم الوصف عنده بالرؤية المتقدمة فلاجله لا يثبت له خيار الرؤية فيهما . قال رجل اشترى ثوبا ولم يره حتى رهنه أو أجره يوما أو باعه والمشتري بالخيار فهذا اختيار منه له وليس له أن يرده لانه أوجب للغير فيه حقا لا زما وذلك بمجره عن الرد فان البيع بشرط الخيار للمشتري لازم في جانب البائع واكتسابه ما يمجزه عن الرد مسقط لخياره حكما كما لو كان المبيع عبدا فدبره أو باعه . والبائع بالخيار فنقض البيع كان له أن يرده لان خيار البائع يمنع زوال ملكه والبيع بهذه الصفة لا يمجزه عن الرد فلا يكون مسقطا لخياره وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه يسقط خياره بهذا البيع وقيل تلك الرواية اصح لان البيع بشرط الخيار للبائع أقوى في اسقاط الخيار من العرض على المبيع ولو عرضه على البيع سقط خياره فاذا باعه بشرط الخيار أولى ووجه ظاهر الرواية أن البيع تصرف من جهة القول فاذا كان بحيث لا يمجزه عن الرد لا يكون اسقاطا لخياره حكما ولكنه بمنزلة اسقاط خيار الرؤية بالقول قصدا وذلك لا يصح قبل الرؤية فكذلك ايجاب البيع بشرط الخيار له . قال ولو اشترى عبدا لم يره

فكاتبه ثم عجز فراه لم يكن له أن يردده بالخيار وكذلك خيار الشرط في ذلك لأن عقد اكتساب لازم في جانب المولى وهو يعجزه عن الرد بحكم الخيار فمباشرة تتضمن سقوط خياره حكما بخيار الشرط والرؤية في ذلك سواء ولو لم العبد ثم ذهبت الحمى عنه كان له أن يردده بخيار الرؤية والشرط. لأن الحمى عنده بمنزلة عيب حادث وذلك غير مسقط لخياره وإنما يمنعه عن الرد بغير رضا البائع لدفع الضرر عن البائع فإذا أقلت الحمى عنه فقد زال معنى الضرر فكان هو على خياره في الرد بخلاف ما تقدم فإن عجزه عن الرد هناك لا يجابه حقا لازما للغير فيه وذلك مسقط لخياره حكما ولو أشهد على نقض البيع في الثلاثة بحضرة البائع والمبد محموم وله خيار الشرط ثم ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة ولم يحدث ردا حتى مضت الثلاثة الايام كان له أن يردده بذلك الرد لأن نقضه البيع بحضرة البائع صحيح في حقه وإنما امتنع ثبوت حكمه في حق البائع لدفع الضرر عنه فإذا ذهبت الحمى قبل مضي الثلاثة فقد انعدم معنى الضرر فتم البيع في حق البائع أيضا فلماذا كان له أن يردده بعد مضي الايام الثلاثة وهذا لأن الحمى حين ذهبت مع بقاء مدة الخيار تجمل المشتري كالمجدد للفسخ في هذه الحالة لانه مصر على الفسخ الذي كان منه كانه جدد بعد زوال المانع. ولو تبادت به الحمى عشرة أيام ليس له بذلك الرد ولا بغيره لأن مدة الخيار ذهبت والمانع قائم فبطل حكم الرد لاستفراق المانع في جميع المدة ولانه حين أقلت الحمى عنه يصير كالمجدد للفسخ وهو لا يملك الرد به بعد مضي مدة الخيار وإنما يملك ذلك في مدة الخيار ولو خاصمه في الثلاثة الى القاضي فردده المشتري وأبى البائع أن يقبله وهو محموم فان القاضي يجيز البيع ويبطل الرد لانه يردده بعيب حادث عنده وإنما كان تمكنه من الرد بحكم الخيار له لدفع الضرر عن نفسه لا لاحاق الضرر بالبائع فاذا أدى ذلك الى الاضرار بالبائع أبطل القاضي رده ولزمه البيع بقضاء القاضي فان صح العقد في الثلاث لم يكن له أن يردده لأن الزام القاضي اياه أقوى من التزامه اسقاط الخيار ولو أسقط خياره لم يكن له أن يردده بعد ذلك فاذا ألزمه القاضي كان أولى وكذلك هذا في خيار الرؤية لأن قضاء القاضي ببطلان رده مسقط لخياره حكما وذلك حاصل قبل الرؤية وهذا بخلاف الرجوع في الهبة فان الموهوب له اذا بنى في الدار الموهوبة ثم رجع الواهب فأبطل القاضي رجوعه ثم رفع الموهوب له بناءه كان للواهب أن يرجع فيها لأن حق الواهب في الرجوع لا يشمل الاسقاط حتى لو اسقطه بنفسه كان اسقاطه باطلا

فالقاضي انما يمنع رجوعه بقضائه لاجل البناء لأن يسقط حقه في الرجوع فاذا زال المانع كان له ان يرجع وهنا القاضي مسقط لخياره لان خياره محتمل للسقوط فبعد مسقط خياره بقضاء القاضي لا يمكن من الرد بحكمه * قال ولو اشهد على رده في الثلاثة بمحضرة البائع وهو صحيح ثم قبل ان يقبضه البائع ثم اقامت عنه الحمي وعاد الى الصحة في الثلاثة أو بعدها فهو لازم للبائع ولا خيار له فيه لان المشتري فسخ البيع وهو صحيح فعاد فسخه الى ذلك البائع ثم بمحدث العيب في ضمان المشتري يثبت للبائع الخيار فاذا أقلت الحمي فقد زال ذلك العيب وسقط ما كان من الخيار للبائع كما لو حدث بالمبيع عيب في يد البائع ثم زال العيب قبل أن يقبضه المشتري كان لازما للمشتري ولا خيار له فيه فهذا مثله وكذلك خيار الرؤية ولو خاصمه والحمي به فابطل القاضي الرد وألزم المشتري العبد فليس له أن يرده بعد ذلك لان ذلك الفسخ بطل بقضاء القاضي بمنزلة البيع اذا أبطله القاضي للعيب الحادث عند البائع ثم زال العيب * قال ولو جرح العبد عند المشتري جرحا له ارش أو جرحه هو أو كانت أمة فوطئها هو أو غيره لم يكن له ان يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط اما اذا جرحها هو فلان اقدمه على ذلك الفعل اكتساب منه للسبب المسقط لخياره لانه يمجزه عن ردها كما قبضها وان جرحها غيره فلما حدثت من الزيادة المنفصلة وهو الارش وكذلك ان وطئها غيره فان وطئها هو فاقدمه على الوطء يكون رضا منه بتقرر ملكه فيها وذلك مسقط لخياره وكذلك إذا ولدت ولدا فمات ولدها أو لم يمت لم يكن له أن يردها بخيار الرؤية ولا بخيار الشرط أما اذا بقي الولد فللزيادة المنفصلة وأما اذا مات الولد فلا نقصان الحادث في يده بالولادة ولو كانت دابة أو شاة فولدت لم يكن له أن يردها لا بخيار الشرط ولا بخيار الرؤية للزيادة المنفصلة وكذلك لو قتل ولدها هو أو غيره لأنه بالقتل حابس للزيادة فكانها قائمة في يده واذا كان القاتل غيره فقد وجب على القاتل قيمة الولد وبقاء قيمته في يده كبقاء عينه ولومات موتها كان له أن يردها لأن الزيادة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كأن لم تكن والولادة لا تمكن عيبا فيها فان الولادة في البهائم لا تكون نقصانا فلماذا كان له أن يردها * قال ولو أن البائع جرحها عند المشتري أو قتلها وجب البيع على المشتري وعلى البائع القيمة في خيار الشرط والرؤية أما في القتل فلان المشتري عجز عن ردها بعد ما قتلت وقد صار البائع منها كاجنبي آخر فكما أنه لو قتلها أجنبي آخر يسقط خيار المشتري ويكون له على القاتل قيمتها

فكذلك اذا قتلها البائع وأما اذا جرحها البائع عند المشتري فكذلك الجواب في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف الاول وهو القياس وفي قول أبي يوسف الآخر للمشتري أن يردّها بخياره ذكر قوله في كتاب الشرب وذكّر محمد بن سماء في نوادره في خيار الشرط والرؤية وخيار العيب جميعا وجه قوله ان الخيار مستحق للمشتري على البائع ومن عليه الحق لا يملك اكتساب سبب اسقاط الحق المستحق عليه الا بطريق الابقاء. يوضحه أن حدوث العيب في يد المشتري انما يمنع الرد لدفع الضرر عن البائع ولا يتحقق ذلك في جناية البائع عليه لأنه راض بفعله ولأنه يحمل مستردا لذلك الجزء لجنائه ولما بقي برد المشتري عليه فيعود اليه حكما كما خرج من يده بخلاف ما اذا كان الجاني غيره. وجه قولهما أن البيع لازم في جانب البائع وهو بعد التسليم فيها كاجنبي آخر بدليل مسألة القتل ولو كان الجاني أجنيا آخر فوجد الارش لم يتمكن المشتري بعد ذلك من ردّها فكذلك اذا كان هو البائع ولا يملك اسقاط خيار المشتري فالاجنبي لا يملك اسقاط خياره والبائع انما رضي بالتقصان الحادث بجنائه في ملك المشتري فلا يكون راضيا به في ملك نفسه ولو حمل جنائه استردادا في ذلك الجزء. لكان قتله استردادا في الكل وهذا لان البيع لازم من جهته فلا يتمكن هو من الاسترداد ولو استودعها المشتري البائع بعد ما قبضها فماتت عند البائع قبل أن يرضى المشتري ففي خيار الرؤية هي من مال المشتري وعليه الثمن لأنها مملوكة للمشتري أمانة في يد البائع فهلا كهلا في يد الأمين كهلا كهلا في يد المشتري وفي خيار الشرط كذلك الجواب عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان خيار الشرط عندهما لا يمنع ملك المشتري وعند أبي حنيفة في القياس كذلك لان البيع لازم في جانب البائع والمبيع خارج من ملكه فايداع المشتري اياه كإيداعه أجنيا آخر فاذا هلك في يده هلك من مال المشتري وفي الاستحسان يهلك من مال البائع لأن خيار المشتري يمنع ملكه عند أبي حنيفة فتسليمه اياه الى البائع لا يكون ايداعا فيه ملك نفسه ولكنه فسخ للقبض فكانها هلكت في يد البائع قبل أن يقبضها المشتري فهلك من مال البائع

﴿ باب بيع النخل وفيه ثمر أو لم يكن فيه ثمر ﴾

قال واذا اشترى الرجل أرضاً ونخلًا بألف درهم والارض تساوى ألفا والنخل يساوى

ألفا فثمر النخيل بعد ذلك في يد البائع مرة أو مرتين كل مرة تساوى الثمرة ألفاً فأكله
البائع كله ثم جاء المشتري يطلب بيعه فالأصل في تخريج هذه المسئلة أن الثمار الحادثة زيادة
في الأرض والنخل في قول أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول رحمهم الله وفي
قوله الآخر هو زيادة في النخل خاصة وجه قوله الآخر أن الثمار يخرجها النخل دون
الأرض فيكون زيادة فيهما يقسم الثمن على قيمة الأرض والنخل أولاً ثم حصة النخل تقسم
على قيمتها وقيمة الثمار بمنزلة ما لو اشترى جاريتين فولدت أحدهما قبل القبض ثم قبضها
فانه يقسم الثمن على قيمة الجاريتين أولاً ثم ما أصاب التي ولدت يقسم على قيمتها وقيمة
ولدها يوم يقبض المشتري الولد لهذا المعنى أن الولد انفصل عنها فتكون زيادة فيها خاصة
وجه قولهما أن النخل في هذا البيع يبيع بدليل أنها تدخل في البيع من غير ذكر والبيع
لا يقع له فتكون الثمار الحادثة زيادة في الأصل بمنزلة ما لو اشترى جارية فولدت ابنة قبل
القبض ثم كبرت الابنة وولدت ولدا فيجمل الولد الثاني زيادة في الجارية حتى يقسم الثمن
على قيمتها وقيمة الولدين لأن الابنة تابعة في العقد فلا يكون ولدها تبعاً لها فهذا مثله والثمار
في الصورة يخرجها النخل وفي المعنى زيادة في الأرض لأن النخل تشرب بعروقها من
الأرض ألا ترى أن بقوة الأرض تزداد الثمار جودة فعرفنا أن من حيث المعنى الأصل هو
الأرض للثمار وللنخل جميعاً فلماذا يقسم الثمن على قيمة الكل قسمة واحدة ثم يعتبر في القسمة
قيمة الثمار حين أكلها البائع لأنها عند ذلك صارت مقصودة فالزيادة الحادثة إنما تصير
لها خاصة من الثمن إذا صارت مقصودة بالتناول ألا ترى أن المشتري إذا قبضها يعتبر في
الانقسام قيمتها وقت القبض فكذا إذا أكلها البائع فإن كانت أثمرت مرة واحدة فأكلها
البائع وقيمها ألف درهم انقسم الثمن أثلاثاً ثلثه بازاء الأرض وثلثه بالنخل وثلثه بازاء
الثمار ويسقط عن المشتري حصة الثمار من الثمن ويأخذ الأرض والنخل بثلثي الثمن وفي
قول أبي يوسف الآخر يقسم الثمن أولاً على قيمة الأرض والنخل نصفين ثم حصة النخل
تقسم على قيمتها وقيمة الثمار نصفين فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويأخذ الأرض والنخل
بثلاثة أرباع الثمن وإن كانت أثمرت النخل مرتين أخذ المشتري الأرض والنخل بنصف
الثمن لأن القيم لما استوت فحصة ما تناول البائع من الثمار نصف الثمن الأول وقال أبو
يوسف يأخذ بثلثي الثمن لأن نصف الثمن بمقابلة الأرض والنصف الذي يقابله النخل يقسم

أثلاثاً ثلثه يسقط عن المشتري بتناول البائع الثمار مرتين وثلث النصف حصّة النخل يتقرر على المشتري مع حصّة الارض فيأخذها بثلثي الثمن وان كانت أثمرت ثلاث مرات أخذ الارض والنخل بخمسي الثمن وسقط عنه ثلاثة أخماس الثمن حصّة لثمن ثلاث مرات وعند أبي يوسف يأخذ الارض والنخل بخمسة أثمان الثمن نصف الثمن حصّة الارض وربع النصف الآخر حصّة النخل ويسقط عن المشتري ثلاثة أثمان الثمن وان أثمرت أربع مرات فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يأخذ الارض والنخل بثلث الثمن لان الثمن ينقسم على ستة أسهم حصّة الارض والنخل سهمان وهو الثلث وعند أبي يوسف يأخذها بثلاثة أخماس الثمن نصف الثمن حصّة الارض وخمس النصف الآخر حصّة النخل فذلك ستة أجزاء من عشرة من جميع الثمن وان أثمرت خمس مرات أخذ الارض والنخل عند همام سبع الثمن لان القسمة على الاسباع عندهما فيسقط حصّة الثمار خمسة أسباع الثمن ويأخذ الارض والنخل بسبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً من الثمن حصّة الارض نصف الثمن وحصّة النخل سدس النصف الباقي وفي جميع ذلك الخيار للمشتري ان شاء أخذ الارض والنخل وان شاء فسخ البيع فيهما وهذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فأما عند أبي حنيفة فلا خيار للمشتري في ذلك وإنما نص على الاختلاف في الباب الذي بعد هذا في الولد الحادث قبل القبض اذا ألتقه البائع ولا فرق بين الولد في الشاة وبين الثمار . وجه قولهما أن الزيادة الحادثة قبل القبض لما صارت مقصودة تتناول البائع وكان لها حصّة من الثمن فالتحقت بالوجود عند العقد ولو كانت موجودة فألتقها البائع ثبت الخيار للمشتري فيما بقي لتفرق الصفقة عليه قبل الثمار فكذلك هنا وأبو حنيفة يقول المشتري عند القبض رضى بأخذ الارض والنخل بجميع الثمن فهو بأخذهما يبعث الثمن أرضي وثبت الخيار لتتمكن الخلل في رضا المشتري فاذا علمنا تمام الرضا منه هنا فلا معنى لاثبات الخيار له . يوضحه أن هذه الزيادة لو هلك من غير صنع البائع أخذ المشتري الارض والنخل بجميع الثمن ولا خيار له ولان يلزم الارض والنخل ببعض الثمن عند اتلاف البائع الثمار كان أولى بخلاف الموجود عند العقد فانه لو هلك من غير صنع البائع يخير المشتري فكذلك بصنع البائع وبهذا يتبين أن تفريق الصفقة انما يحصل بهلاك الموجود عند العقد لا بهلاك الحادث بعد القبض فان كان في النخل ثمرة تساوى ألفاً يوم اشترى الارض والنخل وقد اشتراها ما فان الثمار لا تدخل

في البيع الا بالذكر لانه يمرض الفضل فهو والموضوعة في الارض سواء بخلاف النخل فانها تابعة للارض كالبناء فيدخل في البيع من غير ذكر فاذا أكلها البائع ثم أثمرت بعد ذلك مرارا فأكله البائع فالاصل في تخرج هذه المسئلة أن ثلث الثمن يسقط من المشتري بأكل البائع الثمار الموجودة لان الثمار الحادثة بعد ذلك ليست بزيادة في الثمار الموجودة وهي مقصودة لا تدخل في العقد الا بالذكر فيقسم الثمن أولا على قيمة الارض وعلى قيمة النخل وقيمة الثمار الموجودة وقت العقد وقد استوت القيم فتقسم أثلاثا ويسقط عن المشتري ثلث الثمن حصة الثمار الموجودة وأما ثلثا الثمن حصة الارض والنخل في هذه المسئلة فبمنزلة جميع الثمن في المسئلة الاولى في حكم الانقسام على قيمتها وقيمة ما أكل البائع من الثمار الحادثة على نحو ماخرجنا في المسئلة الاولى قال فان كانت الثمرة التي حدثت بعد البيع لم يأكلها البائع ولكن أصابها آفة من السماء فذهبت بها ونقصت تلك النخل فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لان الثمار الحادثة لما فاتت من غير صنع أحد لم يكن لها حصة من الثمن وصارت كأن لم تكن ففني النقصان المتكسر فيتخير المشتري لاجل ذلك وان لم ينقص النخل لم يكن للمشتري في البيع خيار وهو لازم له بجميع الثمن لان الثمار الحادثة لما هلكت بغير صنع أحد صارت كأن لم تكن وأما الثمار الموجودة عند العقد فسواء هلكت بغير صنع أحد أو تناولها البائع سقط عن المشتري حصتها من الثمن لانها كانت مقصودة بالعقد وقد فات القبض المستحق بهلاكها فيفسخ البيع فيها ويسقط عن المشتري حصتها من الثمن وله الخيار في أخذ الارض والنخل سواء هلكت من صنع أحد أو تناولها البائع لتفرق الصفقة عليه قبل التمام بمنزلة ما لو اشترى جارين فهلكت احدهما قبل القبض والله أعلم

باب جناية البائع والمشتري على المبيع قبل القبض

قال رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم فلم يقبضه حتى قطع البائع يده فالمشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد بنصف الثمن وان شاء تركه لان المبيع تغير في ضمان البائع وتعيب يصنعه فتفرقت الصفقة على المشتري قبل التمام بفوات النصف فان اليد من الآدمي نصفه وذلك مثبت الخيار له فان اختار فسخ العقد سقط عنه جميع الثمن وان اختار أخذ الاقطع فله

نصف الثمن عندنا . وقال الشافعي عليه جميع الثمن ويضمن البائع نصف القيمة . وكذلك لو قتله البائع قبل القبض سقط الثمن عن المشتري عندنا وعند الشافعي يغرّم البائع القيمة اذا اختار المشتري امضاء العقد لان المبيع صار مملوكا للمشتري بالعقد قبل القبض والقاطع في الجناية عليه كأجنبي آخر وباعتبار أن اليد للبائع يثبت له حق الفسخ وبهذا لا يخرج من أن يكون مضمونا عليه بالقيمة إذا جنى عليه كالرهنون إذا جنى عليه الرهن . وحجتنا في ذلك ان المبيع مضمون بالثمن على البائع وضمان الثمن مع ضمان القيمة لا يلتقتان وهذا لانه لو وجب بالجناية ضمان القيمة على البائع لزمه تسليمها بحكم العقد ولا يجوز أن يجب على البائع القيمة في ذمته على وجه يلزمه تسليمها بحكم العقد ولان المبيع في ضمان ملك البائع حتى لو هلك كان هلاكه على ملكه فينزل ذلك منزلة المملوك له حقيقة في المبيع من وجوب ضمان القيمة عليه بالجناية كما لو كانا في مجلس العقد أو كان البائع شرط الخيار لنفسه فاذا لم يلزمه ضمان القيمة سقط عنه من الثمن حصة ما أتلفه بجانيته لان ذلك صار مقصودا بالتناول فيقالبه حصة من الثمن وقدفات القبض المستحق فيه باستهلاك البائع فيفسخ العقد فيه في ذلك القدر وان كانت يد العبد شلت من غير فعل أحد كان المشتري بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء تركه لتغير المعقود عليه في ضمان البائع فان اختار الأخذ فعليه جميع الثمن هنا بخلاف الاول والشافعي يسوّي بينهما فيقول في الموضعين جميعا على البائع ضمان نصف القيمة لان المبيع في ضمانه قبل التسليم فلا فرق بين ان يفوت جزء منه بفعل الضامن أو بفعل فعله كالمنصوب وقاس بما لو اشترى عبيد فتلّف احدهما قبل القبض بفعل البائع أو بفعل فعله كان الجواب في ذلك سواء فهذا مثله ولكننا نقول الطرف من العبد وصف ألا تري انه يدخل في البيع تبعا من غير ذكر ولا يجوز استثناءه من العقد واسم العبد لا يتغير بفواته وبقائه والبيع يلاقى العين والثمن يكون بمقابلة الاصل دون الوصف فاذا كان الثابت وصفا قلنا ان فات بفعل صنع أحد فقد فات تبعا لا مقصودا فلا يقابله شيء من الثمن وان فات بجناية البائع فقد صار مقصودا بالجنس وفسخ العقد فيه فيقالبه بعض الثمن لا محالة بخلاف العبدين وكل واحد منهما هناك يدخل في العقد مقصودا يوضحه ان الوصف لا يفرد بالعقد فلا يفرد بضمان العقد أيضا والثابت ببقاء يد البائع ضمان العقد فلا يظهر ذلك في الوصف اذا فات من غير صنعه بخلاف المنصوب فهو مضمون بالتناول والوصف يفرد بالتناول

فيفرد أيضاً بضمان التناول وكذلك ان كان البائع هو الذى جنى عليه فسقوط حصته من
 الثمن هنا باعتبار تناول البائع اياه وجبسه اياه والوصف يفرد بذلك وكذلك ان قطع العبد يد
 نفسه فهو كما لو شلت يده بغير فعل أحد لأن فعله بنفسه هدر وان قطع أجنبي يد العبد
 فالمشتري بالخيار فان اختار امضاء العقد فعليه جميع الثمن واتبع القاطع بنصف القيمة لان
 جناية القاطع على ملكه والقيمة الواجبة عليه تقوم مقام الغائت فباعتبارها يبقى جميع الثمن
 على المشتري وهذا الان وجوب ضمان القيمة على الجاني ليس بحكم العقد بل بسبب الجناية
 ألا ترى أنه يبقى عليه وان فسخ المشتري العقد بالرد بخلاف ما إذا كان الجاني هو البائع
 فانه لو لزمه ضمان القيمة انما يلزمه بحكم العقد ألا ترى أنه لا يبقى بعد فسخ العقد بالرد فلا يجوز
 استحقاق القيمة في الذمة بحكم البيع فاذا أخذ من القاطع نصف القيمة تصدق بمأزاد على نصف
 القيمة على نصف الثمن لان هذا ربح حصل في ضمان غيره لا على ضمانه ونهى رسول الله صلى
 الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن وعند الشافعي لا يلزمه التصديق بشيء وأصل الخلاف في
 القتل فان العبد المبيع لو قتله أجنبي وقيمه ألفا درهم وقد اشتراه بألف درهم فاختر المشتري
 امضاء العقد وأخذ القيمة من القاتل فعليه أن يتصدق بالفضل عندنا لأنه ربح حصل لا على
 ضمانه ولان القبض له مشابة بالعقد من حيث انه يستفاد به ملك التصرف ومبادلة الألف
 بالالفين ربا قبض الفالفين بحكم العقد بمقابلة الألف يتمكن من شبهة الربا فيلزمه التصديق
 وعند الشافعي لا يلزمه ذلك لان حكم الربا عنده انما يثبت باعتبار الشرط في العقد فاذا لم يكن
 مشروطاً في العقد لا يتمكن باعتباره الربا والمشتري انما يعطى الثمن بمقابلة العبد لا بمقابلة القيمة
 وإنما استوفى القيمة باعتبار أنه بدل ملكه فهو كما لو قتل بعد قبضه وان اختار المشتري فسخ
 البيع فان البائع يتبع الجاني بنصف القيمة أيضاً لأن العقد انفسخ برد المشتري من الاصل
 فيبقى جناية القاطع على ملك البائع ورجع عليه بنصف القيمة ويتصدق أيضاً بما زاد من
 نصف القيمة على نصف الثمن لان أصل الجناية حصل لا على ملك البائع وان كان باعتبار
 المال يحمل كالحاصل على ملكه وتأثير الملك في سلامة الربح أكثر من تأثير الضمان فاذا كان
 يلزمه التصديق بالربح الحاصل على ملكه دون ضمان فلان يلزمه التصديق بالربح الحاصل
 لا على ملكه أولى ولو كان المشتري هو الذى قطع يد العبد صار قابضاً لجميع العبد لانه ألتف
 نصفه بقطع اليد وفي الاطلاق قبض وزيادة وغير ما بقى بفعله والمشتري يصنع معين للمعقود

عليه يصير قابضاً يوضحه انه لو تحلّى به كان قابضاً له وبقطع يده يكون متخلياً بما بقي منه وزيادة فان هلك العبد في يد البائع من القطع أو من غيره قبل أن يمنعه البائع من المشتري فعلى المشتري جميع الثمن لانه صار قابضاً لجميع العبد وبالقبض يتحول المبيع الى ضمانه فاذا هلك قبل أن يمنعه البائع كان هالكا في ضمان المشتري فينقرر عليه جميع الثمن سواء هلك بسرابة القطع أو بسبب آخر وان كان البائع منه ثم مات من القطع فعلى المشتري جميع الثمن أيضاً لأن القطع اذا اتصلت به السراية فهو قتل حكماً ومنع البائع اياه لا يقطع السراية عن الجناية لان هذا المنع لا يتبدل المالك والمستحق إنما يفوت يد المشتري واذا كان حكم الجناية يثبت بدون يده فلان يبقى بدون يده أولى وان مات من غير القطع فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع لما منع الباقي بالثمن فقد صار مسترداً له بحق فاستخا لقبض المشتري فيه ولو قبضه المشتري حقيقة قبل نقد الثمن فاسترده البائع وجبته بالثمن انتقض به حكم المشتري فكذلك اذا صار قابضاً لما بقي منه باعتبار الجناية واذا انفسخ قبض المشتري فيه كان هالكا في ضمان البائع فسقط حصته من الثمن وهو النصف فاما نصف الثمن فقد تقرر على المشتري بقطع اليد لان اليد من الأذى نصفه ولا يتصور الاسترداد في الجزء الفائت فان قطع البائع أولاً يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف ثم برى منها جميعاً فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن ولا خيار له فيه لان البائع بقطع اليد فوت نصفه فسقط نصف الثمن وثبت الخيار للمشتري بنصف الثمن فلما قطع المشتري رجله فقد صار مسقطاً لخياره لانه قابض لجميع ما بقي متلف لبعضه ومجرد قبضه بعد العلم بالعيب يسقط خياره فقبضه مع الاتلاف أولى أن يكون مسقطاً لخياره ولو كان المشتري هو الذي قطع يده أولاً ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرى منها كان المشتري بالخيار ان شاء أخذ العبد وأعطى ثلاثة أرباع الثمن وان شاء تركه وعليه نصف الثمن لان بقطع اليد تقرر على المشتري نصف الثمن ثم البائع بقطع الرجل بعد ذلك صار مفوتاً قبض المشتري في الباقي متلفاً لنصف ما بقي فيسقط عن المشتري نصف ما بقي من الثمن وهو ربع جميع الثمن ويثبت له الخيار فيما بقي من العبد لانه تغير المقعود عليه في ضمان البائع بفعله ولم يوجد من المشتري بعد ذلك ما يكون دليل الرضا منه فان شاء فسخ العقد فيما بقي منه وعليه نصف الثمن بقطع اليد وان شاء أخذ ما بقي وعليه نصف الثمن بقطع اليد ورسمه بمقابلة ما بقي من العبد ولو كان المشتري نقد الثمن ولم يقبض

العبد حتى قطع المشتري يده ثم قطع البائع رجله من خلاف فبرئ منهما فالعبد للمشتري ولا خيار له فيه لان المشتري صار قابضا لجميع العبد باتلاف النصف بقطع اليد ثم بقطع البائع رجله لا ينتقض قبض المشتري في شيء لان الثمن قد سلم للبائع وليس له بعد استيفاء الثمن حق نقض قبض المشتري فهذا لا يحمل قطعه الرجل ناقضا قبض المشتري بخلاف ما تقدم في البائع. هناك لم يستوف الثمن وله ان ينقض قبض المشتري ما لم يصل اليه الثمن واذا بقي حكم قبض المشتري كان البائع في قطع الرجل كاجنبي آخر فعليه نصف قيمة قطع اليد وعلى المشتري جميع الثمن لبقاء حكم قبضه في جميع العبد ولا خيار للمشتري لان المعقود عليه انما تغير لعدم تمام قبض المشتري * قال ولو كان البائع أولا قطع يده ثم قطع المشتري رجله فالعبد لازم للمشتري بنصف الثمن لأن بقطع البائع يده يسقط نصف الثمن ويتخير المشتري الا أن خياره يسقط بقطعه رجله فكان العبد لازماله بنصف الثمن ويرجع على البائع بنصف الثمن الذي أعطاه * قال واذا اشترى عبدا بألف درهم ولم يتقدمه الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله في يد البائع فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن لأن البائع بقطع اليد صار متلفا نصفه ثم المشتري بقطع رجله صار متلفا نصف ما بقي وهو الربع تلف بسريرة الجنائتين فنصفه يكون هالكا بسريرة جناية البائع وانما تعتبر السراية في الحكم بأصل الجناية وحكم أصل جناية البائع سقوط الثمن بحصة ما تلف به فكذلك حكم سريرة جنائته وحكم أصل جناية المشتري تقرر الثمن عليه فكذلك حكم ما تلف بسريرة جنائته فيحتاج الى حساب تقسم ربعه نصفين وذلك ثمانية فقد تلف بأصل جناية البائع أربعة وبسريرة جنائته سهم فهذا سقط عن المشتري خمسة أثمان الثمن وتلف بجناية المشتري سهمان وبالسراية سهم فعليه ثلاثة أثمان الثمن . فان قيل فاين ذهب قولكم ان المشتري بجناية يصير قابضا لما أ تلف ولما بقي منه . قلنا هو كذلك ولكن البائع حق الاسترداد فيما بقي ما لم يصل اليه الثمن فيكون مستردا لما تلف بسريرة جنائته لأن تأثير سريرة جنائته فوق تأثير جسده وقد بينا أنه لو جسده بعد جناية المشتري انتقض به قبض المشتري إلا فيما تلف بسريرة جناية المشتري فلان ينتقض حكم قبض المشتري فيما تلف بسريرة جناية البائع كان أولى ولو كان المشتري هو الذي قطع يده أولا ثم قطع البائع رجله من خلاف فمات من ذلك فعلى المشتري خمسة أثمان الثمن وبطل عنه ثلاثة أثمان الثمن لانه

تلف بجناية المشتري النصف وهو أربعة من ثمانية وبسراية جنيته سهم فيلزمه خمسة أثمان
الثلث وتلف بجناية البائع سهمان وبسراية جنيته سهم فكما انتقض قبض المشتري فيما تلف
بجناية البائع فكذلك ينتقض فيما تلف بسراية جنيته فلهذا سقط عنه ثلاثة أثمان الثلث وان
كان الثلث منقوداً والمشتري هو البادئ بالجناية فعليه جميع الثلث لانه يقطع اليد صار قابضاً
لجميع العبد ولم ينتقض قبضه في شيء بجناية البائع لانه لاحق للبائع في نقض قبضه بعد
وصول الثلث اليه فلهذا كان عليه جميع الثلث وعلى البائع ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً لانه تلف
بأصل جنيته نصف ما بقي منه وهو ربع العبد وبسراية جنيته ربع ما بقي منه وذلك ثلاثة
أثمان جميع العبد فيلزمه ثلاثة أثمان قيمته صحيحاً والبائع في هذه الحالة كالجاني آخر فان كان
البائع هو البادئ بالقطع رد البائع على المشتري نصف الثلث الذي أعطاه لانه يقطع اليد
أثلف نصفه قبل أن يصير المشتري قابضاً له فينفسخ البيع في ذلك النصف ويجب عليه رد
نصف الثلث ثم المشتري يقطع الرجل صار قابضاً جميع ما بقي قبضاً تاماً فيتقرر عليه نصف
الثلث إلا أن نصف ما بقي تلف بجناية المشتري والنصف بسراية الجنايتين فما تلف بسراية
جناية البائع وهو الثلث فعلى البائع حصة ذلك من قيمة العبد لأن التالف بسراية الجناية
كالتالف بأصل الجناية ولو تلف بجنيته بعد ما تم قبض المشتري فيه كان الواجب عليه ضمان
القيمة فكذلك ماتلف بسراية جنيته فلهذا ألزمه ثمن قيمة العبد للمشتري . فان قيل قد قلتم
ان للقبض مشابهة بالمقد واذا كان بأصل العقد بعد الجناية ينقطع حكم السراية فان قطع يد
عبد نفسه ثم باعه فكذلك بقبض المشتري بعد جناية البائع ينبغي أن ينقطع حكم السراية . قلنا
عيب المبيع لا تقطع حكم السراية ولكن تبديل المستحق سبب للبيع هو القاطع للسراية لان
المستحق هو المالك وقد انتقل الى ملك المشتري بالبيع وهذا المعنى لا يوجد في القبض وبه لا
يتبدل المالك والمستحق فان قيل معنى التبديل هنا يحصل حكماً أيضاً فان ماتلف بأصل الجناية
قبل القبض يتلف على ملك البائع وما تلف بسراية جنيته يتلف على ملك المشتري ويتبين ذلك
بالموجب فان باعتبار ماتلف بجناية البائع سقط الثلث عن المشتري وباعتبار ماتلف بجنيته
يجب القيمة على البائع قلنا لا كذلك بل العبد بنفس العقد صار مملوكاً للمشتري بجناية البائع
تصادف ملك المشتري وهو سبب لضمان المتلف للمشتري عليه الا أن قبض المشتري يفوت
فيما تلف بأصل جنيته ومن ضرورة فوات قبضه انفساخ البيع فيه فيسقط حصته من الثلث

بذلك فأما ما تالف بسراية فلم يفت قبض المشتري فيه فلهذا كان مضمونا بالقيمة على البائع وتبين بهذا ان اختلاف الحكم لاجل فوت قبض المشتري لان حكم السراية مخالف لحكم أصل العقد في حكم الضمان وهذا هو الجواب عن الاشكال الذي يرد على أبي حنيفة في مسألة سراية القصاص ان القطع مع السراية لا يكون قتلا من أصله اذا كان حكم أصل الفعل مخالفا لحكم السراية بدليل هذه المسئلة ولو كان المشتري حين اشتراؤه قد اتى أو لم يتقدمه حتى قطع البائع يده ثم قبضه المشتري باذن البائع أو بغير اذنه فمات في يد المشتري من جناية البائع عليه بطل على المشتري نصف الثمن بقطع البائع يده ولا ضمان على البائع فيما هلك في يد المشتري بجناية البائع لان المشتري باقدامه على القبض صار راضيا بما بقي منه وذلك قاطع لحكم سراية جناية البائع بمنزلة الرد فلهذا كان على المشتري نصف الثمن ولان القبض مشابه بالقد ولو اشتراه بعد قطع البائع يده انقطع به حكم السراية لأن المشتري صار راضيا بقبضه بحكم الشراء فكذلك في هذا الموضع ولا يشبه قبض المشتري في هذا الوجه قبضه في الوجه الاول بالجناية عليه أو بسبب يحدته فيه وكل شيء يحدته من جناية البائع بعدما يحدث المشتري فيه جناية فان كان الثمن غير منقود بطل عن المشتري من الثمن بحساب ما هلك منه بجناية البائع واذا كان الثمن منقودا فملى البائع فيه القيمة واذا كان القبض بعد جناية البائع باخذ المشتري اياه فلا ضمان على البائع فيما هلك من جنايته في يد المشتري من القيمة ولا يبطل عنه شيء من الثمن باعتباره لأن القبض بالجناية حكمي فانما يظهر أثره فيما تلف به ولا تنقطع السراية التي انقعدت سببها بجناية البائع فاما القبض بالاخذ فحتى يظهر في جميع ما بقي من العبد وله مشابهة بالعقد فينقطع به حكم سراية جناية البائع وهذا لأن القبض حسا يجعل راضيا بما بقي من العبد بعد جناية البائع وبالجناية لا يكون راضيا بتقرر ملكه فيما بقي بل هو متلف فانما ينقطع حكم سراية جناية البائع فيما يتلف بجناية المشتري أو بسراية جنايته ضرورة ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم غصبه منه غاصب فمات في يده من جناية المولى كان على الغاصب قيمته يوم غصبه ولو لم يغصبه ولكنه جنى عليه فمات العبد من الجنيتين كان على الجاني ضمان ما تلف بجنائه وسراية جنايته ولو لم يكن عليه ضمان ما تلف بسراية جناية المالك فيه يتضح ماسبق من الفرق بين القبض حسا وبين القبض بحكم الجناية قال واذا اشترى الرجل عبدا من رجل فلم يتقدمه الثمن حتى قبض بغير

اذن البائع فقطع البائع يده في يد المشتري ولم يأخذه حتى مات العبد من قطع اليد أو غير ذلك في يد المشتري فإن كان مات من قطع اليد فقد بطل البيع ولا شيء على المشتري فيه لأن حق البائع في الحبس لم يسقط بقبض المشتري إياه بغير اذنه والسراية إذا اتصلت بالجناية كانت قتلا من أصله فكان البائع قتله في هذه الحالة في يد المشتري فيصير مستردا له ينسخ العقد فيه فيسقط الثمن عن المشتري وإذا مات من غير قطعه فعلى المشتري نصف الثمن لأن البائع إنما صار مستردا لنصفه بقطع اليد فأنما انتقض قبض المشتري في ذلك النصف وبقي النصف الآخر هالكاً في ضمان المشتري وهذا بخلاف ما تقدم إذا قطع المشتري يده في يد البائع ثم هلك لامن ذلك القطع ولم يحدث البائع فيه منافع على المشتري جميع الثمن ويجعل قابضاً لجميع المعقود عليه بالتلاف نصفه وهنا لم يجعل البائع مسترداً لجميع العبد بالتلاف نصفه لأن في الوجهين جميعاً بقطع اليد يتمكن من قبض ما بقي منه فيجعل بمنزلة التخلي به والمشتري بالتخلي يصير قابضاً بالجناية أيضاً يصير قابضاً والبائع بالتخلي بالمبيع لا يصير مسترداً فكذلك بالجناية لا يصير مسترداً لما بقي منه وهذا لأن الملك للمشتري والملك ممكن له من القبض فيمكن أن يجعل قابضاً للبعض بالتلاف ولما بقي منه بالتخلي به لكونه مملوكاً له فاما البائع فليس بمالك وإنما حقه في الحبس باعتبار يده . ألا ترى أنه لو سلم المعقود عليه لم يكن له بعد ذلك أن يحبسه فكذلك استرداده لا يظهر إلا فيما ظهر فيه عمله بيده وذلك فيما يتلف بجنايته أو بسرية جنايته وإذا اشتراه ولم ينقده الثمن حتى أحدث المشتري فيه عيباً ينقصه من الثمن فهذا بمنزلة قطعه يده في أنه يصير قابضاً لجميعه ويتقرر عليه جميع الثمن إن تلف بعد ذلك بأفة سماوية . ولو باعه المشتري بعد ما أحدث فيه وقبضه الذي اشتراه منه كان يبعه جائزاً وبه تبين أنه صار قابضاً لجميع العبد بما أحدث وهو إشارة إلى ما ذكرنا أنه مالك للعبد والملك مطلق له حق القبض والتصرف . قال وإذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى زوجها رجلاً كان النكاح جائزاً لأن ولاية الزوج تثبت بملك الرقة والملك حصل للمشتري بنفس العقد والزوج من التصرفات التي لا يمنع صحتها لاجل الفرار . ألا ترى أن تزويج الآبقة والرضيعة يجوز فكان التزويج نظير العتق واعتاق المشتري قبل القبض صحيح فكذلك تزويجه ولهذا يجوز من الرهن تزويج الجارية المرهونة كما ينفذ عتقه ثم في القياس يصير المشتري قابضاً بنفس التزويج وهو رواية عن أبي يوسف حتى إذا هلك بعد ذلك فهو من مال المشتري لأن التزويج عيب فيها والمشتري إذا

عيب المعقود عليه يصير به قابضاً أو يجعل الزوج كالاغتياق أو التدبير فكما يصير المشتري قابضاً بذلك فكذلك بالتزويج ولكنه استحسن فقال لا يكون قابضاً لها بنفس الزوج حتى اذا هلكت فهي من مال البائع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها وانما الزوج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغائب الناس فيها وينتقص لاجله الثمن فهو في معنى نقصان السعر أو التزويج لما كان عيباً من طريق الحكم فهو نظير الاقرار عليه بالدين والمشتري لو أقر عليها بدين لا يصير قابضاً لها بخلاف العيب الحسي فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري حينها وهو اتلاف جزء من عينها فلما إن يصير قابضاً لما بقي بالتخلي بها أولان المشتري لا يتمكن من قبض البعض دون البعض فن ضرورة كونه قابضاً لما أتلّف أن يكون قابضاً لما بقي منه وبه يفرق بين قبض المشتري واسترداد البائع فالبائع يملك استرداد البعض ليحبسه بالثمن دون القبض فلا يجعل بتفويت البعض مسترد لما بقي وهذا بخلاف الاعتاق لانه انهاء للملك واتلاف للمالية ولهذا يثبت به الولاء فن ضرورته أن يصير قابضاً والتدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبرة فان وطئها الزوج ثم ماتت بعد ذلك ماتت من مال المشتري ان نقصها الوطء أو لم ينقصها لان الزوج انما وطئها بتسليط المشتري اياه على ذلك فيكون فعله كفعل المشتري ولو كان المشتري هو الذي وطئها بنفسه ثم ماتت فعليه جميع ثمنها لانه بالوطء قد تخلى بها والوطء بمنزلة اتلاف جزء منها فكذلك اذا وطئها الزوج بتسليط المشتري وان كان البائع منعها من المشتري بعد وطء المشتري أو تزوج اياها ولم ينقصها الوطء شيئاً ثم ماتت فلا شيء على المشتري من الثمن ولا من العقر لأن البائع صار مسترداً لها بحبسه اياها بالثمن ومنع المشتري منها ولم يتلف بالوطء شيئاً من ماليتها لان المستوفى بالوطء وان كان في حكم جزء من عينها فذلك جزء ليس بمال والثمن بمقابلة ما هو مال فلهذا لا يتقرر على المشتري شيء من الثمن ولا عقر عليه لانه وطئها في ملكه ووطء الانسان في ملك نفسه لا يلزمه العقر وان كانت بكرًا أو كان الوطء نقصها لم ينظر الى العقر ولكن ينظر الى ما ينقصها الوطء فيكون عليه حصة من الثمن لانه فات جزء من ماليتها بفعل المشتري فيتقرر عليه حصة ذلك من الثمن كما لو فاق المشتري عينها ثم استردها البائع فهلكت وهذا لأن البكارة في حكم جزء من المالية ولهذا يصير مستحقاً بالبيع اذا اشترط فبوطء المشتري ان

كانت بكرًا يفوت جزء من المألة وقد بينا أن الوصف الذي هو مال يقابله حصة من الثمن إذا صار مقصودا بالتناول وإذا كان البائع هو الواطىء لم ينظر إلى العقر ولكنه ينظر إلى النقصان فإن كان لم ينقصها شيئاً أخذها المشتري بجميع الثمن وإن كان نقصها شيئاً حط عنه حصة النقصان وأخذها بما بقى من الثمن فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا لم ينقصها الوطء يقسم الثمن على العقر والقيمة فيسقط حصة العقر من الثمن عن المشتري فإن نقصها الوطء ينظر إلى الأكثر من العقر ومن النقصان فيقسم الثمن عليه وعلى قيمتها ويبطل على المشتري حصة ذلك الثمن ويأخذها بحصة القيمة من الثمن لأنها بالعقر صارت مملوكة للمشتري فوطء البائع حصل فى ملك الغير والوطء فى ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر ولكن لا يمكن استيفاء العقر من البائع لأنها فى ضمانه بالثمن فيعتبر العقر لاسقاط حصته من الثمن وهذا لأن الوطء فى ملك الغير بمنزلة الجنابة فكما أن جنابة البائع عليها قبل التسليم تعتبر فى اسقاط حصة من الثمن لافى إيجاب الضمان فكذلك وطؤه إياها إلا أنها إذا كانت بكرًا فالممكن هنا اعتبار معنى نقصان البكارة والعقر بسبب الوطء ولكن يتعذر الجمع بينهما بسبب فعل واحد فيدخل الأقل فى الأكثر ويعتبر الانقسام على القيمة وعلى الأكثر منهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول الجارية قبل التسليم فى ضمان البائع وقد جعل ذلك فى حكم ضمان الفعل بمنزلة حقيقة الملك ألا ترى أنه لا يلزمه بالجنابة إرش ولا بالوطء عقر يستوفى منه فكما أن وطأه إياها لو حصل فى حال قيام ملكه فيها لم يكن موجبا للعقر أصلاً فكذلك إذا حصل فى ضمان ملكه وهذا لأن المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين كما قال ولكنه جزء ليس بمال فإذا لم يمكن نقصاناً فى ماليتها والثمن بمقابلة المألة لا يمكن اسقاط شيء من الثمن باعتباره وبه فارق الجنابة فإنه يمكنه نقصاناً فى المألة يقول أنه يسقط بحصة ذلك النقصان من الثمن يوضحه أن الجارية فى حكم الوطء إنما تصير مملوكة للمشتري بالقبض وقبل القبض هى كالمملوكة للبائع فى حكم ضمان الوطء ولهذا لا يحتسب بالحیضة التى توجد فى يد البائع من استبراء المشتري وأن المشتري لو زوجها ثم قبضها لم يكن عليه أن يستبرئها إذا طلقها الزوج فوطء البائع إياها قبل التسليم من هذا الوجه بمنزلة وطئه إياها قبل البيع وبهذا الطريق قال أبو حنيفة لا خيار للمشتري أيضاً بمنزلة ماله وطئها البائع قبل

القبض ولم ينقصها الوطاء ثم علم المشتري بذلك لم يكن له فيها خيار وان كانت بكر افنقصها الوطاء ثبت الخيار للمشتري لفوات جزء من المالية بمنزلة مالو ذهبت البكارة من غير صنع أحد . يوضحه ان المستوفى بالوطاء في حكم جزء هو ثمرة لانه من حيث الصورة استيفاء منفعة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فالتلف البائع جزأ مما هو ثمرة لا يثبت الخيار للمشتري عند أبي حنيفة اذا لم يتمكن نقصان في مالية العين كالتلف ولد الشاة وثمره الاشجار فاذا لم يمكن نقصانا في العين ثبت الخيار للمشتري لأجله كما لو ولدت الجارية فأتلف البائع ولدها وذكر ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فيما إذا كانت بكرا تخريجا هو الطر من هذا فقال ينظر الى نقصان البكارة والعقر أي قسم الثمن أولا على نقصان البكارة وعلى قيمتها فيسقط نقصان البكارة من الثمن ثم يقسم ما بقى من الثمن على قيمتها وعلى ما بقى من العقر فيسقط حصصة العقر من الثمن وبيانها إذا اشتراها بمائة وقيمتها مائة ونقصان البكارة عشرون والعقر أربعون فانه يسقط أولا باعتبار نقصان البكارة عشرين درهما ثم يقسم ما بقى من الثمن وذلك ثمانون درهما على قيمتها وهي ثمانون وعلى ما بقى من العقر وهو عشرون فيقسم أخماسا بأن يجعل كل عشرين سهما فيسقط عنه خمس ما بقى وذلك ستة عشر درهما وانما يأخذها بما بقى وذلك أربعة وستون درهما * قال وإذا اشترى عبدا بألف درهم فلم يقبضه ولم ينقد الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري وأجنبي رجله من خلاف فعلى المشتري ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمن الثمن حصصة جانيته وجناية الاجنبي ويبطل عنه جناية البائع أربعة أثمان الثمن وثلثا ثلث الثمن لأن البائع يقطع اليد ألتف نصفه والمشتري مع الأجنبي يقطع الرجل ألتف نصف ما بقى ثم ما بقى وهو الربع تلف بجناية ثلثه فيكون ثلث ذلك الربع هالكا بجناية كل واحد منهم وأصل السهام من ثمانية ثم انكسر بالاثلاث فيضرب ثمانية في ثلاثة فيكون أربعة وعشرون ثم انكسر بالانصاف لان ما تلف بجناية المشتري والاجنبي يكون نصفين بينهما فتضعف أربعة وعشرون للكسر بالانصاف فيكون ثمانية وأربعين التالف بجناية البائع أربعة وعشرون وبسراية جانيته أربعة فذلك ثمانية وعشرون وذلك أربعة أثمان العبد وثلثا ثمنه لأن سهام العبد ثمانية وأربعون كل ثمن ستة فأربعة وعشرون أربعة أثمان وأربعة ثلثا الثمن وجانيته موجبة سقوط الثمن فلهذا سقط أربعة أثمان الثمن وثلثا الثمن ويتقرر على المشتري ثلاثة أثمان الثمن وثلث الثمن حصصة ما تلف بجانيته وحصصة

ماتلف بجناية الاجنبي لأن الاجنبي ضامن للقيمة فيبقى البيع فيما تلف بجناية الاجنبي تبعا لبدله والتالف بجنايتهما وسراية جنايتهما في الحاصل عشرون وذلك ثلاثة أثمان العبد وثلاث ثمنه ويرجع المشتري على الأجنبي بثمان القيمة وثلاثي ثمنها لان التالف بجناية الاجنبي نصف العشرين وهو عشرة وذلك ثمن العبد وثلاثي ثمنه فيرجع المشتري عليه بثمان القيمة وثلاثي ثمن القيمة ولا يتصدق بشيء منه وان كان فيه فضل على حصة ثمن الثمن لان المشتري بجنايته يصير قابضا وجناية الاجنبي اقترنت بجناية المشتري ووجوب القيمة عليه بعد الجناية فعرفنا ان الوجوب على الاجنبي بعد قبض المشتري فكان ذلك رجحا على ملكه وضمانه ولو كان البائع والاجنبي هما اللذان قطعا اليد أولا ثم قطع المشتري رجله من خلاف فمات من ذلك كله فهو على ما ذكرنا من التخرج يرتفع سهام العبد الى ثمانية وأربعين والفئات بجناية البائع والأجنبي أربعة وعشرون وبسراية جنايتهما ثمانية وذلك اثنان وثلاثون بينهما نصفان فيكون الفئات بفعل كل واحد منهما ستة عشر وبجناية المشتري اثني عشر وبسراية جنايته أربعة فذلك ستة عشر فاما ماتلف بفعل البائع فيسقط ثمنه عن المشتري وذلك ثمن الثمن وثلاثي ثمنه كل ثمن ستة وما سوى ذلك قيمته واجبة على المشتري أما حصة ماتلف بجنايته فغير مشكل وكذلك حصة ماتلف بجناية الاجنبي لانه قد وجب عليه بدله وهو القيمة فعرفنا أنه يقرر على المشتري خمسة أثمان الثمن وثلاث ثمن الثمن ويرجع المشتري على الاجنبي بثمان القيمة وثلاثي ثمن القيمة فيكون ذلك على عاقلته في ثلاث سنين لأن الجناية على طرف المملوك اذا اتصلت بالنفس تتحملها العاقلة وكما ان بدل النفس كله يكون مؤجلا في ثلاث سنين فكذلك كل جزء من بدل النفس فعرفنا انها على الاجنبي وذلك ثمن القيمة وثلاثي ثمنها يؤخذ من عاقلته في ثلاث سنين في كل سنة ثلث ذلك فاذا قبض المشتري ذلك فانه يقابل بمقدار ربع القيمة بربع الثمن فان كان فيه فضل تصدق بالفضل لان مقدار الربع وجب بأصل جناية الاجنبي وقد كان ذلك قبل قبض المشتري فهذا ربح حصل لا في ضمانه فيتصدق به بالفضل وأما ثلاثي ثمن القيمة فهو سالم للمشتري لا يتصدق بشيء منه لان وجوب ذلك على المشتري بسراية جنايته وقد كان ذلك بعد ما صار المشتري قابضا له بالجناية فهو ربح حصل في ضمانه ألا ترى أن رجلا لو اشترى عبدا فلم يقبضه حتى قطع أجنبي يده ثم قبضه على ذلك ورضيه فمات في يده من جناية الاجنبي عليه فعلى عاقلة الاجنبي قيمة

العبد في ثلاث سنين فاذا قبضها وفيها فضل تصدق بنصف الفضل لان ذلك ربح مالم يضمن
واليد قطعت قبل دخول العبد في ضمانه ولا يتصدق بنصف الفضل لأن السراية كانت
بعد دخول العبد في ضمان المشتري بالقبض * قال ولو قطع المشتري وأجنبي يده معائم قطع
البائع رجله من خلاف فمات من ذلك كله فاشترى بالخيار لوجود الجناية من البائع بعد
جناية المشتري فقد انتقص قبض المشتري فيما تلف بجناية البائع وصار ذلك جنيته قبل
قبض المشتري وذلك يثبت الخيار للمشتري للتغير ولم يوجد بعده من المشتري ما يكون
دليل الرضا منه فلهذا يخير بين فسخ البيع واهضائه فان اختار البيع فعليه من الثمن خمسة
أثمانه وثلاث ثمنه وسقط عنه ثمن الثمن وثلثا ثمنه حصة ماتلف بجناية البائع وبسراية جنيته وقد
بيننا على التخرج الاول ان التالف بجناية البائع اثنا عشر من ثمانية وأربعين وبسراية جنيته
أربعة فذلك ستة عشر وهو ثمن العبد وثلثا ثمنه ثم يرجع المشتري على الأجنبي بثمن القيمة
وثلاثي ثمن القيمة لان التالف بجنايتهما أربعة وعشرون وسراية جنيتهما ثمانية فيكون اثنين
وثلاثين نصف ذلك على الاجنبي وذلك ستة عشر فهذا يرجع عليه بثمن القيمة وثلاثي ثمن
القيمة ولا يتصدق بالفضل ان كان في ذلك لأن جناية الاجنبي كانت مع قبض المشتري
على ما بينا ان المشتري بجنيته يصير قابضا وان اختار المشتري نقض البيع لزمه من الثمن
حصة ماتلف بجنيته وسراية جنيته وذلك ثمن الثمن وثلثا ثمن الثمن ويسقط عنه ماسوى
ذلك لانفساخ البيع فيه ويرجع البائع على الاجنبي بثمن القيمة وثلاثي ثمن القيمة لانه ظهر
ان جناية الاجنبي حصلت على ملك البائع حين انفساخ البيع فماتلف بجنيته وسراية جنيته
يقابل ذلك بما يخصه من الثمن فان كان فيه فضل يتصدق بالفضل لانه ربح حصل لاعلى ملكه
لما بينا أن أصل الجناية لم تكن على ملكه * قال واذا اشترى الرجل من الرجلين عبدا بالف
درهم فلم يقدهما الثمن حتى قطع احد البائعين يد العبد ثم قطع الآخر رجله من خلاف
ثم فقا المشتري احدى عينيه فمات من ذلك كله في يد البائعين فالمشتري مختار للبيع بجنيته
بعد جناية البائعين لان جنيتهما أوجبت الخيار له ولكن جنيته بعد جنيتهما تكون دليل
الرضا منه والاسقاط لخياره فيكون عليه من الثمن للقاطع الاول ثمن الثمن وخمسة أسداس
ثمن الثمن لان للقاطع الثاني ثمن الثمن وخمسة أسداس الثمن لان القاطع الاول بجنيته اتلف
النصف وذلك أربعة وعشرون من ثمانية وأربعين والقاطع الثاني بجنيته اتلف نصف ما بقي

وذلك اثنا عشر ثم المشتري بفقه العين أ تلف نصف ما بقي وهو ستة تلف
بثلاث جنایات فيكون على كل واحد منهم ثلث ذلك فكان حاصل ما تلف بجناية القاطع
الاول وسراية جنایته ستة وعشرون نصف ذلك مما باع هو ونصف مما باع شريكه ففي حصة
ماباع هو يسقط من الثمن وذلك ثلاثة عشر وكل ثمن ستة فالثلاثة عشر تكون ثمن الثمن
وسدس الثمن وقد كان للقاطع الاول أربعة أثمان الثمن فإذا سقط ثمنه وسدس منه بقي
له ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمنه فلماذا يفرم المشتري له ذلك والتالف بجناية القاطع
الثاني وسراية جنایته أربعة عشر نصف ذلك مما باعه هو فيسقط بحصته من الثمن ونصفه
فيما باع شريكه كالأجنبي فعرفنا ان الساقط من حقه ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن بقي له
ثمن الثمن وخمسة أسداس ثمن الثمن فيفرم له المشتري ذلك ثم يرجع المشتري على القاطع
الاول بثمن القيمة وسدس ثمن القيمة وذلك ثلاثة عشر سهما من ثمانية وأربعين سهما
حصة ما تلف بجنایته وسراية جنایته مما باعه شريكه لأنه في الجنایة على ذلك كأجنبي
آخر فيلزمه القيمة ويكون ذلك على عاقلة في ثلاث سنين وعلى عاقلة القاطع الثاني ثمن
قيمة العبد وسدس ثمن قيمة حصة ما تلف بجنایته وسراية جنایته مما باعه القاطع الاول
وذلك سبعة أسهم ويكون ذلك في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيكون في حكم
التأجيل يعتبر الجميع بدل النفس ويتصدق المشتري بما زاد من ذلك كله على ماغرم من
الثمن الافضل سدس ثمن قيمة العبد على ما كان بمقابلته من الثمن فان ذلك يطيب له
لان ماوجب بأصل جنایة كل واحد من البائعين انما وجب قبل قبض المشتري فيلزمه
التصدق بالفضل فيه وأما ما تلف بسراية جنایة كل واحد منهما فانما تلف بمد ما صار
المشتري قابضا له فيطيب له الفضل في ذلك القدر * قال واذا اشترى الرجلان من رجل
عبدا فلم ينقده الثمن حتى قطع أحد المشتريين يده ثم قطع الآخر رجله من خلاف
فمات العبد من ذلك كله فالبيع لازم للمشتريين بالثمن كله لأن المبيع تلف بفعلهما
وذلك قبض منهما وزيادة ويرجع القاطع الاول على القاطع الثاني بثمن القيمة ونصف
ثمن قيمته ويرجع القاطع الثاني على القاطع الاول بثمن قيمته ونصف من قيمته فيكون ذلك
على عاقلة كل واحد منهما في ثلاث سنين لأن القاطع الاول بجنایته أ تلف النصف والقاطع
الثاني أ تلف نصف ما بقي ثم تلف ما بقي بسراية جنایتهما فيكون نصفه على كل واحد منهما

فأصل ما انف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وسراية جنياته ستة فذلك ثلاثون نصف ذلك مما اشتراه هو ونصفه مما اشتراه صاحبه فيجب عليه قيمة ذلك لصاحبه وذلك خمسة عشر سهما وخمسة عشر من ثمانية واربعين ثمانية ونصف منه فلهذا يجب على عاقلة القاطع الاول من القيمة ونصف ثمنها والتالف بجناية القاطع الثاني وبسراية جنياته ثمانية عشر نصفه مما اشتراه صاحبه وهو تسعة وذلك ثمن ونصف ثمن فلهذا يجب على عاقلة القاطع الثاني ثمن القيمة ونصف ثمن القيمة فان كان البائع قفاً عينه بعد جنيتهما فمات من ذلك كله فللمشتريين الخيار لوجود الجناية من البائع ولم يوجد بعدهما منها ما يكون دليل الرضا فان اختار انقض البيع فللبائع على القاطع الاول ثمن الثمن وسدس ثمنه وعلى الثاني ثمن الثمن وسدس ثمنه لان التالف بجناية القاطع الاول أربعة وعشرون وبسراية جنياته سهمان ثلث ما بقي بمسد جناية البائع فذلك ستة وعشرون نصف ذلك ثلاثة عشر مما اشتراه هو فيقر عليه حصة من الثمن وذلك ثمن الثمن وسدس ثمنه ونصف ذلك مما اشتراه شريكه فقد انفسخ البيع فيه بفسخه فيغرم للبائع ثمن القيمة وسدس ثمن القيمة لانه فيما اشترى شريكه كالاجنبي والتالف بجناية القاطع الثاني اثنا عشر وبسراية جنياته سهمان نصف ذلك وهو سبعة مما اشتراه فلزمه حصة من الثمن وهو ثمن الثمن وسدس ثمن الثمن ونصفه مما اشتراه شريكه فينفسخ البيع فيه بفسخه ويغرم للبائع حصة من القيمة وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها فان اختار امضاء البيع كان على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه لانه انما سقط من الثمن ما تالف بجناية البائع وسراية جنياته والتالف بجنياته ستة وبسراية جنياته سهمان فذلك ثمن وثلث ثمن والباقي عليهما من الثمن ستة أثمان الثمن وثلث ثمن على كل واحد منهما ثلاثة أثمان الثمن وثلث ثمنه ويرجع القاطع الثاني على الاول بثمانى القيمة وسدس ثمنها لما بينا ان التالف بفعله مما اشتراه القاطع الثاني ثلاثة عشر سهما فيلزمه قيمة ذلك وذلك ثمن القيمة وسدس ثمنها لانه تلف بفعل الثاني مما اشتراه الاول سبعة أسهم وذلك ثمن وسدس ثمن فلا تقع المقاصة بينهما فيه لأن ما يجب على كل واحد منهما من ذلك يكون على عاقلة في ثلاث سنين فلا تقع المقاصة فيه مع اخلاف من يجب عليه قال واذا اشترى عبداً بألف درهم ولم يتقدمه الثمن حتى قطع البائع يده ثم قطع المشتري يده الاخرى أو قطع رجله التي في جانب اليد المقطوعة فمات من ذلك كله فقد بطل على المشتري بقطع البائع يد العبد نصف الثمن لأن اليد من الآدمي

نصفه ثم ينظر الى ما نقص العبد من جناية المشتري عليه في قطع يده أو رجله بخلاف ما سبق وهو ما اذا قطع رجله من خلاف لان فعله هناك ليس باستهلاك فانه غير مفوت لجنس المنفعة فلماذا يجعل التالف بفعله نصف ما بقى وهنا فعله استهلاك حكما لانه ان قطع اليد الاخرى فقد فوت منفعة البطش وتقويت منفعة الجنس يكون استهلاكا من طريق الحكم ولهذا لا يستحق ذلك في السرقة ولا يجوز اعتاق مقطوع اليدين في الكفارة فان قطع الرجل التي من جانب اليد المقطوعة فقد فوت عليه منفعة المشي لانه لا يمكنه أن يمشي ببعضا بخلاف ما اذا قطع الرجل من خلاف فعرفنا أن هذا استهلاك وان النقصان فيه أكثر فلماذا اعتبرنا النقصان فان كانت هذه الجناية تقصته أربعة أخماس ما بقى بأن كانت قيمته بعد قطع اليد ألف درهم وتراجعت قيمته بجناية المشتري الى مائتي درهم فقد تقرر على المشتري أربعة أخماس نصف الثمن ثم الباقي وهو خمس النصف تلف بجنايتهما فيكون نصف ذلك على المشتري فصار حاصل ما على المشتري من الثمن أربعة أعشار الثمن ونصف عشر الثمن وسقط عنه بجناية البائع وسراية جنايته خمسة أعشار ونصف عشر * قال فان بدا المشتري فقطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات من غير ذلك ولم يحدث البائع فيه منعا فعلى المشتري ثلاثة أرباع الثمن لانه بقطع اليد صار قابضا لجميع العبد ثم انما ينتقص حكم قبضه فيما تلف بفعل البائع خاصة والتالف بفعل البائع نصف ما بقى منه وهو ربع العبد فيسقط عن المشتري ربع الثمن ويلزمه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصصة ماتت بجنايته وربع الثمن حصصة ما بقى من العبد لان حكم قبض المشتري بقي فيه وقد تات لا بسراية جناية البائع فيتقرر ثمنه على المشتري ولو لم يمت العبد وبرأ كأن المشتري بالخيار لان حكم قبضه انتقض فيما تلف بجناية البائع وذلك يثبت الخيار للمشتري ولم يوجد منه بعد ذلك ما يدل على الرضا فكان على خياره ان شاء أخذه وأعطاه ثلاثة أرباع الثمن نصف الثمن حصصة ما تلف بقطعه اليد وربع الثمن حصصة الباقي من العبد وان شاء تركه وأعطى نصف الثمن بقطعه اليد ولو أراد المشتري أخذه فثمنه البائع حتى يعطيه ثلاثة أرباع الثمن فمات في يده من غير جنايتهما فليس على المشتري الا نصف الثمن لأن حكم قبضه انتقض فيما بقي حين منعه البائع فانما تلف ما بقى في ضمان البائع فلماذا لا يجب على المشتري من الثمن الا حصصة اليد وذلك نصف الثمن والله أعلم

باب زيادة المبيع وتقصانه قبل القبض

قال واذا اشترى الرجل جارية بالف درهم وقيمتها ألف درهم فولدت عند البائع بنتا تساوي ألف درهم ونقصت الولادة الأم فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها لأنها تميمت في ضمان البائع والعيب الحادث قبل القبض فيها يجعل كالمقترن بالعقد ونقصان الولادة وان كان منجبرا بالولد فالخيار يثبت للتغير كما لو قطعت يدها وأخذ البائع الارش فان اختار المشتري أخذها فلم يأخذها حتى ولدت البنت بنتا تساوي ألفا وقد نقصتها الولادة فالمشتري أيضاً بالخيار لان الزيادة الحادثة قبل القبض كالموجودة عند العقد حتى يصير بمقابلتها حصة من الثمن اذا قبضت وأنه يثبت للمشتري فيها حق القبض كما يثبت في الاصل فكما أنه يستحق سلامة الاصل عن العيب ويثبت له الخيار اذا لم يسلم فكذلك يثبت الخيار للنقصان المتمكن في الزيادة بسبب الولادة لانه انما رضى بنقصانها على أن يسلم له الزيادة سليمة عن النقصان فاذا لم يسلم كان هو على خياره فاذا زادت الوسطى حتى صارت تساوي ألفين فقبضهن جميعها والأم قد رجعت قيمتها الى خمسمائة ثم وجد بالأم عيبا ردها بربع الثمن وهذا لأن الوسطى والسفلى كلاهما زيادة في الأم فان الوسطى تبع الأم في العقد ولا تبع للتبع فاذا لم يمكن جمل السفلى تبعاً للوسطى جعلناهما كولين للأم ثم الاصل في قسمة الثمن انه يعتبر قيمة الأم وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض لأن الزيادة انما تصير مقصودة بالقبض وانما يكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة فاما البيع فلا حصة له من الثمن ما لم يصير مقصودا كأطراف المبيع وقيمة الأم عند العقد ألف درهم وقيمة الوسطى عند القبض ألفان وقيمة السفلى ألف فجعلنا كل ألف سهما وإذا جعلنا كل ألف سهما انقسم الثمن على أربعة أسهم سهم بازاء الأم فيردها بذلك اذا وجد العيب بها وسهمان بازاء الوسطى فيردها بالعيب بنصف الثمن وسهم بازاء السفلى فيردها بالعيب بربع الثمن لأن كل واحدة منهن لما صارت مقصودة بالقبض التحقت بالموجود عند العقد في استحقاق المشتري صفة السلامة فيها وعند وجود العيب انما يرد المبيع خاصة بعد القبض وقد بينا هذا فيما سبق وقال وإذا اشترى أمتين بألف درهم قيمة احدهما خمسمائة وقيمة الأخرى ألف درهم فولدت كل واحدة منهما ولدا يساوي ألفاً ثم أعورت التي كانت تساوي

ألفا فاختار المشتري أخذ ذلك كله بالثمن فقبضهن جميعا ودفع الثمن ثم وجد بالعوراء عيبا وقيمتها خمسمائة ردها بثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلاث لأن ولد كل واحدة منهما يتبعها فيما يخصها من الثمن والانقسام أولا على قيمة الامتين لانهما مقصودتان بالعقد وولد كل واحدة منهما زيادة فيها دون الاخرى فيقسم الثمن على قيمة الجاريتين وقت العقد وقيمة العوراء وقت العقد ألف درهم وقيمة الاخرى خمسمائة فكان ثلثا الثمن حصة العوراء ثم ينقسم حصتها من الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وذلك ألف فانقسم نصفان نصفه حصة ولدها ونصفه حصة العوراء وذلك ثلث الالف فبذلك يرد لها بالعيب ولو وجد العيب بالامة الاخرى ردها بمائة واحد عشر درهما وتسع درهم لأن حصتها ثلث الثمن فانقسم ذلك على قيمتها وقت العقد وهو خمسمائة وقيمة ولدها وقت القبض وهو ألف درهم فيردها بذلك * قال واذا اشترى شاة فولدت قبل القبض فليس للمشتري أن يترك البيع لان الولادة زيادة في البهائم فلا يتمكن بها نقصان في الاصل فالمشتري يجبر على قبضها لانه لما كان راضيا بلزوم العقد قبل حدوث الزيادة فهو راض بلزومه بعد حدوثها فان وجد بالام عيبا قبل القبض فهو بالخيار ان شاء أخذها بجميع الثمن وان شاء تركها جميعا وليس له أن يأخذ احدهما دون الاخرى لأن الزيادة قبل القبض تبع في العقد لاحصة لها من الثمن وثبوت الحكم في التبعية بثبوته في الاصل ولانه لو رد الاصل وحدها ردها بجميع الثمن اذ لا حصة للولد مالم يصير مقصودا بالقبض وبعد ما ردها بجميع الثمن لو بقي العقد في الولد أخذ به غير شيء فيكون فضلا خاليا عن المقابلة مستحقا بالتبع مقبوضا به وهو الزبا بعينه وان وجد بالولد عيبا فلا خيار له فيه وهما لا زمان له لان بوجود العيب يظهر فوات جزء من الولد ولو مات الولد قبل القبض أخذ الام بجميع الثمن ولا خيار له فيها فكذلك اذا فات جزء من الولد وهذا لان الزيادة لما فاتت من غير صنع أحد صارت كأن لم تكن وقبل حدوثها كان العقد لازما له في الاصل بجميع الثمن فكذلك بعد فواتها وهذا بخلاف ما اذا وجد العيب بالولد بعد ما قبضهما لان الولد بالقبض صار مقصودا فصار له حصة من الثمن فباختار العوض بمقابلته يستحق المشتري صفة السلامة فيه فاذا وجد المشتري به عيبا رده فاما قبل القبض فلا حصة له من الثمن واستحقاق صفة السلامة عن العيب باعتبار العوض ألا ترى انه لا يستحق ذلك في الموهوب وان كان البائع هو الذي

قتل الولد فقد صار الولد مقصودا باتلاف البائع اياه ولو صار مقصودا بقبض المشتري اياه كان له حصة من الثمن فكذلك اذا صار مقصودا باتلاف البائع وقد قررنا هذا في طرف المبيع انه اذا فات من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن واذا اتلفه البائع يسقط حصته من الثمن فكذلك هذا في الولد الذي هو تبع فيقسم الثمن على قيمة الام وقت البيع وعلى قيمة الولد يوم قتله البائع فما أصاب الولد بطل عن المشتري وأخذ الام بما بقي ولا خيار له في ذلك عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله له الخيار وهذه هي الخلافة التي ذكرناها في التمار وتنصيبه على الخلاف هنا يكون تنصيبا ثمة اذ لا فرق بينهما قال واذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم واحدى عينيها بيضاء وقيمتها ألف درهم فولدت ولدا يساوي ألفا ثم ذهب البياض من عينيها فصارت تساوي ألفين ثم ان البائع ضرب العين التي كانت في الأصل صحيحة فايضت ورجعت قيمتها الى ألف درهم وبياض العين ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى لو كانت العين الاولى بيضاء على حالها فاني لست ألتفت الى الزيادة لكي انظر كم كان ينقصها البياض لو كان بياض العين الاولى على حاله فاذا كان ينقصها أربعة أخماس القيمة الاولى وذلك ثمانمائة درهم فالمشتري بالخيار ان شاء أخذها بستة أعشار الثمن وان شاء تركها اماثبت الخيار فلانها تغيرت في ضمان البائع بفعله ثم ذهب البياض عن العين الاولى زيادة متصلة ولا معتبر بالزيادة المتصلة في عقود المعاوضات لما بيننا أن المعتبر في الانقسام قيمتها وقت العقد فوجود هذه الزيادة كعدمها ولولم يذهب البياض عن عينيها حتى ضرب البائع العين الصحيحة فايضت فانه يتعبر فيه النقصان فيها لانها عميت بفعله وذلك استهلاك حكما فيكون المعتبر فيه النقصان فلماذا قال ينظر الى ما تنقصها القيمة الاولى ثم الثمن ينقسم على قيمتها وقت العقد وقيمة ولدها وقت القبض وهما سواء فانقسم نصفان نصف الثمن حصة الولد ونصفه حصة الام فاذا كان النقصان أربعة أخماس القيمة الاولى سقط عن المشتري أربعة أخماس النصف وتبين أن جميع الثمن صار على عشرة أسهم نصفه وهو خمسة حصة الولد وسهم واحد حصة ما بقي من الام فاذا قبضها ثم وجد بالام عيبا ردها بحصتها من الثمن وهو سدس ما أخذها به ولو وجد العيب بالولد رده بحصته وهو خمسة أسداس ما أخذها به ولو لم يكن البائع ضرب العين الصحيحة ولكنه ضرب العين التي كان بها البياض بعد ما ذهب البياض فعاد الى الحالة الاولى فالمشتري بالخيار في

قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء أخذهما بثلثي الثمن وان شاء تركهما ولان ذهاب
 البياض كان زيادة متصلة فقد انفصلت بفعل البائع فهي كزيادة متصلة ألتفها البائع بان ولدت
 ولدا آخر قيمته ألف فقتله البائع ولو كان كذلك لكان يقسم الثمن على قيمة الأم وقت
 العقد وقيمة الولد من حين يصير كل واحد منهما مقصودا والقيمة سواء فيقسم الثلث أثلاثا
 وحصة ما ألتف البائع ثلث الثمن فيسقط ذلك عن المشتري ويتخير فيما بقي عندهما وعند
 أبي حنيفة لا خيار له بمنزلة الزيادة المنفصلة في البهائم اذا ألتفها البائع لان تلك الزيادة
 لا تمكن نقصانا في الاصل وهذه الزيادة مثل تلك فان كان أخذهما ثم وجد باحداهما عيبا رده
 بنصف ما أخذهما به لما بينا أن حصة كل واحد منهما ثلث الثمن وهذا بخلاف الاول
 وهو ما اذا كانت جناية البائع على العين الصحيحة لان الزيادة هناك لم تزايل البدن فلا
 معتبر بها وهنا الزيادة زايلت البدن بصنع البائع فوجب اعتبارها قال واذا اشترى جارية بألف
 وقيمتها ألف واحدى عيضا يبيضاء فذهب البياض فصارت تساوى الفين ثم ان عبدا لاجنبي
 ضرب تلك العين فعاد بياضا ودفعه مولاه وقيمته خمسمائة درهم فأخذهما المشتري بجميع الثمن
 ثم انه وجد بالعبد عيبا فانه يرد بثلث الثمن لأن العبد المدفوع بالعين قائم مقامها وذهاب
 البياض عن تلك العين كان زيادة متصلة وقد انفصلت فيجعل كولد ولدته الجارية وانما ينقسم
 الثمن على قيمتها وقت العقد وقيمة الولد وقت القبض فكذلك يعتبر قيمة العبد المدفوع في
 الانقسام وقت القبض بحكم العقد لا وقت الدفع بالجناية لأن ذلك ليس من حكم العقد في
 شيء وقيمتها وقت القبض خمسمائة فانقسم الثمن أثلاثا ثلثه بازاء العبد يرد به بذلك ان وجد
 به عيبا وثلاثه بازاء الجارية ان وجد العيب بها يرد بها بذلك وان كان المشتري لم يقبض
 العبد حتى زاد في يد البائع فصار يساوى ألف درهم ثم قبضها المشتري فوجد باحداهما
 عيبا رده بنصف الثمن لما بينا ان المعتبر قيمة العبد وقت القبض بحكم العقد وهي مساوية
 لقيمة الامة وقت العقد فانقسم الثمن عليهما نصفين قال واذا اشترى جارية تساوى ألفا فقفا
 البائع عيضا ثم ولدت بمسد الفقء ولدا يساوى ألفا أخذهما المشتري بنصف الثمن لأن البائع
 لما فقفا عيضا فقد سقط عن المشتري نصف الثمن لأن العين من الأدنى نصفه ثم لما ولدت
 انقسم ما بقي من الثمن على قيمتها وقيمة ولدها فان كان الفقء بعد الولادة أخذهما ان شاء بثلاثة
 أرباع الثمن لانها حين ولدت وهي صحيحة فقد انقسم جميع الثمن على قيمتها وقيمة الولد

بشرط بقاء الولد على هذه القيمة الى وقت القبض وقد بقي فظهر أن نصف الثمن كان بمقابلة الولد ونصفه حصة الام فلما فقأ البائع العين فانما يسقط نصف حصتها من الثمن وذلك ربع الثمن فلما إذا كان النقص قبل الولادة فقد كان جميع الثمن فيها حين فقأ البائع عينها فلماذا يسقط نصف الثمن؟ قال ولا يشبه الرهن في هذا البيع يعني في الرهن في هذه الصورة لا فرق بين الولادة قبل ذهاب العين وبين الولادة بعد ذهاب العين ويكون الساقط ربع الدين في الموضعين جميعا وبالولادة بعد ذهاب العين هناك يعود بعض ما كان ساقطا وفي البيع لا يعود والفرق بينهما أن سقوط الثمن بنقص البائع العين انما كان بطريق انفساخ العقد فيما ألتفه البائع والبيع بعد ما انفسخ لا يعود بحدوث الزيادة وأما في الرهن فسقوط الدين بطريق المرتن صار مستوفيا والاستيفاء بقر الدين ولا يسقطه فاذا حدثت الزيادة فقد حدثت في حال قيام الدين كله لكونه منتهيا بالاستيفاء فلماذا يعود باعتبار أن الزيادة بعض ما كان ساقطا وتبطل الزيادة الحادثة بعد ذهاب العين كالزيادة قبل ذهاب العين ألا ترى انه لو اشترى شاة فأتت قبل القبض ثم دبغ البائع جلدها لا يعود العقد في حصة الجلد . ولو أن الشاة المرهونة ماتت وحكم بسقوط الدين ثم دبغ المرتن جلدها عاد من الدين ما يخص الجلد وكان الفرق ما ذكرنا وتحقيقه من حيث المعنى أن الفسخ ضد ما هو مقصود بالعقد فانما يسقط بعض الثمن عن المشتري بما هو ضد المقصود بالعقد فلا يحمل العقد فيه كالتأثم حكما وأما سقوط الدين بهلاك بعض المرهون فيحقق ما هو المقصود بالعقد لأن المقصود بعقد الرهن الاستيفاء أو انما يتم ذلك بهلاك الرهن فلماذا يحمل كان العقد في الكل قائم حكما حين حدثت الزيادة فيسقط نصف ما يخص الأم وذلك ربع الدين ثم الرهن والبيع يفرقان من وجه آخر وهو أن في البيع اذا ذهبت العين من غير صنع أحد لا يسقط شيء من الثمن وفي الرهن بذهاب العين من غير صنع أحد يسقط نصف الدين لأن ضمان الرهن يثبت بالقبض والاصاف تصير مضمونة بالقبض واذا فاتت من غير صنع أحد وذلك كاوصاف المفصولة وفي البيع الضمان بالعقد فاذا فاتت من غير صنع أحد قلنا لا يسقط شيء من الثمن بفواتها . قال واذا اشترى جارية بألف درهم تساوى ألفا وهي بيضاء احدى العينين فقأ البائع العين الباقية فصارت تساوى مائة درهم أخذها المشتري بمائة درهم ان شاء لان فعل البائع استهلاك لها حكما ويعتبر نقصان القيمة فيما يسقط من الثمن به فاذا لم يأخذها حتى ذهب

بياض عينها الاولى فصارت تساوي ألفا فالمشتري على خياره ان شاء أخذها بمائة درهم وان شاء تركها لان ذهاب البياض عن العين الاخرى زيادة متصلة ولا معتبر بها في حكم البيع فان ضرب عبد هذه العين التي برئت فماد بياضها فمولى العبد بالخيار ان شاء دفعه بالجناية وان شاء فداءه بأرش الجناية وهو ثمانمائة درهم فان دفعه وقيمتها خمسمائة درهم أخذها المشتري بمائتي درهم لما بيننا أن العقد انفسخ في أربعة أخماسها بفقء البائع عنها وكما لا يعود شيء من ذلك بولد تلده فكذلك لا يعود بالعبد المدفوع بالجناية لأنه قائم مقام الزيادة المتصلة وقد صارت منفصلة فهو كولد ولده فهذا يأخذها المشتري بمائتي درهم ان شاء فان قبضها فوجد بالجارية عيباً ردها بسببى الثمن الذى نقد وهو مائتا درهم وان وجد بالعبد عيباً رده بخمسة أسباعه لأن ما بقى من الثمن وهو مائتا درهم انقسم على قيمة ما بقى منها وذلك مائتان وعلى قيمة العبد وقت القبض وهو خمسمائة درهم فاذا جعلت كل مائة سهماً كانت القسمة أسباعاً خمسة أسباعه حصصة العبد فيرده به وسبعاه حصصة الجارية فيردها بذلك وانما اعتبرنا في الانقسام قيمة ما بقى منها ولم نعتبر قيمتها وقت العقد لأن العقد قد انفسخ في أربعة أخماسها وانما يعتبر في الانقسام قيمة ما بقى حكم العقد فيه لاقية ما انفسخ العقد فيه ولو كان البائع لم يفتقاً عنها حتى ذهب بياض عينها فصارت تساوي ألف درهم ثم ان عبداً ضرب العين التي برئت فماد بياضها ثم ان البائع فتقاً العين الباقية فصارت تساوي مائتي درهم فمولى العبد بالخيار ان شاء دفعه وان شاء فداءه بألف درهم لأن الفداء يكون بأرش الجناية وأرش الجناية هنا ألف درهم فقد كانت قيمتها عند الجناية ألفي درهم فبات بذهاب العين نصفها وتراجعت قيمتها الى ألف درهم فان دفعه وقيمتها خمسمائة أخذها المشتري ان شاء بخمسة الثمن وثلاث خمس الثمن ويبطل عنه بفقء البائع عين الجارية خمساً الثمن وثلاثاً خمس الثمن لأن العبد مدفوع بما فوته من الزيادة المتصلة فهو بمنزلة ولد ولده يساوي خمسمائة وعند ظهوره جميع العقد فيها قائم فانقسم الثمن على قيمتها وقت المقد وقيمة العبد وقت القبض اثلاثاً ثلثه بازاء العبد وثلثاه بازاء الجارية ثم بفقء البائع عنها سقط أربعة أخماس ما فيها وبقي الخمس فاذا أردت تصحيح ذلك فالسبيل أن تضرب ثلاثة في خمسة فتكون خمسة عشر حصصة الام من ذلك عشرة والساقط ثمانية من هذه العشرة وثمانية من خمسة عشر خمساً وثلثاً خمسة لان كل خمس ثلاثة فخمساه ستة وثلثاً خمسة سبعمائة

فيستقط ذلك عن المشتري وأخذهما بما بقي وهو سبعة من خمسة عشر وذلك خمسه وثلاث
خمسه والله أعلم

باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه

قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بألف درهم حالة فليس للمشتري أن يقبض
العبد حتى يملأ الثمن عندنا وهو أحد أقاويل الشافعي وقال في قول علي البائع تسليم المبيع أولا
لأن ملك المشتري ثبت بالمقد في العين وملك البائع ديناً في ذمة المشتري والملك في العين
أقوى ووجوب التسليم بحكم الملك وفي قول آخر يسلم كل واحد منهما يبد ويقبض يسد
لأن قبضه للماوضة التسوية فكما اقترن ثبوت الملك لاحدهما بثبوت الملك للآخر فكذلك
القبض كما في بيع المقابضة ولكننا نقول قصة المعاوضة التسوية وقد عين البائع حق المشتري
في المبيع فعلى البائع أن يمين حق البائع في الثمن ولا يمين الثمن الا بالقبض فهذا كان أول
التسليمين على المشتري بخلاف بيع المقابضة فهناك حق كل واحد منهما متعين وهذا هو
الجواب عن قوله ان ملك المشتري أقوى فانا انما نوجب عليه تسليم الثمن أولا لهذا المعنى
وهو أنه لما يقوى ملكه في المبيع فعليه أن يسوى جانب البائع في ملك الثمن بجانب نفسه
ولا يكون ذلك إلا بالتسليم وكذلك نقده الثمن الا درهما لأن سقوط حق البائع في
الجنس متعلق بوصول الثمن اليه فإلم يصل اليه جميع الثمن لا يتم الشرط ويبقى حق البائع
في الحبس الا أن يكون الثمن مؤجلاً فيثبت ليس للبائع أن يحبس المبيع قبل حلول الأجل
ولا بعمده لأن قبل حلول الأجل ليس له أن يطالب بالثمن وانما يحبس المبيع بما له أن
يطالبه من الثمن وأما بعد حلول الأجل فلان حق الحبس لم يثبت له بأصل المقد فلا
يثبت بعمده ذلك تبعاً لهذا الحق ما كان له من استحقاق اليد قبل البيع فاذا لم يبق ذلك بعد
المقد لا يثبت ابتداءً بحلول الأجل وذكر هاشم عن محمد رحمهما الله في نوادره أنه إذا أجله
في الثمن شهراً ثم لم يسلم البائع المبيع الى المشتري حتى مضى شهر فعلي قول أبي حنيفة ان
كان الأجل شهراً بعينه فيمضيه بحل الثمن وان كان شهراً بغير عينه فعلي البائع أن يسلم
المبيع وليس له أن يطالب بالثمن حتى يمضي شهر بعد التسليم وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما
الله له أن يطالب بالثمن في الوجهين جميعاً لأن مطلق الشهر في الأجل ينصرف الى الشهر

الذى يعقب العقد عيناه أو لم يعيناه كما في الاجارات والأيمان هذا هو القياس الظاهر وما ذهب اليه أبو حنيفة نوع استحسان بناء على مقصودهما فاقصود أن يتصرف المشتري في المبيع في الشهر ويؤدى الثمن عند مضيه ويستفصل لنفسه ولا يحصل هذا المقصود اذا لم يسلم المبيع اليه فلهذا قال في الشهر المطلق يكون ابتداءه من حين يسلم اليه المبيع فان نقد المشتري الثمن وهو حال ولم يقبض المبيع حتى وجد البائع الدراهم زيوفاً أو نهرجة أو ستوقاً أو رصاصاً أو استحققت من يده فالبائع ان يمنع المشتري من قبض العبد حتى يعطيه الثمن مثل شرطه لأن الرد بهذه الأسباب ينقض القبض من الاصل فيلتحق بما لم ينقد الثمن وكذلك لو وجد بعض الثمن بهذه الصفة وان كان ذلك درهما واحداً لأن القبض قد انتقض في ذلك المردود فكانه لم يقبض ذلك القدر وان كان المشتري قبض العبد من البائع باذنه ثم ان البائع وجد الثمن أو بمضه على ما وصفنا فان كان الذى وجد ستوقاً أو رصاصاً كان له أن يأخذ العبد حتى يدفع اليه المشتري مكان الذى وجد من ذلك جياداً على ما شرطه لأن المقبوض ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به في الصرف والسلم لم يجز وانما لم يسلم البائع المبيع اليه على أن المقبوض ثمن فاذا تبين انه لم يكن ثمناً لم يكن هو راعياً بالتسليم فكان المشتري قبضه بغير اذنه وكذلك ان استحق المقبوض من يده لان المستحق وان كان من جنس الدراهم ولكن البائع انما رضى بالتسليم بشرط ان يسلم له المقبوض فاذا لم يسلم كان هو على حقه في الحبس وان كان وجد الثمن أو بمضه زيوفاً أو نهرجة استبدلها من المشتري لأن المستحق له بمطلق التسمية الدراهم الجياد فان المعاملات عرفا بين الناس بالجياد وبمطلق عقد المعاوضة تستحق صفة السلامة عن العيب والزيادة عيب في الدراهم فكان له أن يستبدل الزيوف بالجياد وليس له أن يسترد العبد فيجسسه بالثمن عندنا * وقال زفر له ذلك وهو رواية عن أبى يوسف لانه انما سلم المبيع على ان المقبوض من الثمن حقه وقد تبين انه لم يكن حقا له لان حقه في الجياد والمقبوض زيوف والثمن دين في الذمة فيختلف باختلاف الاوصاف واذا لم يكن المقبوض حقه لم يتم رضاه بالتسليم فهو والسوق سواء . يوضحه ان الرد بالعيب الزيادة ينقض القبض من الاصل ولهذا ينفرد به الراد ويرجع بموجب العقد لا بموجب تسليم الثمن مرتين فلا يتمكن من الرجوع بموجب العقد مالم ينتقض القبض من الاصل واذا انتقض عاد حقه في المجلس كما كان قبل استيفاء الثمن . وجه قولنا أنه سلم المبيع قبل قبض الثمن فصح

تسليمه وبعد صحة التسليم لا يعود حق البائع في الحبس لان من ضرورة صحة التسليم سقوط
حقه في الحبس والمسقط يكون مناشيتنا لا يتصور عوده لهذا قلنا لو أعار المبيع من المشتري
أو أودعه منه سقط حقه في الحبس وكذلك لو أجله في الثمن سقط حقه في الحبس ثم لا يعود
بحلول الاجل ويبان لوصف أن الزیوف والتبرجة من جنس الدراهم الا ان بها عيبا والعيب
بالشيء لا يبدل جنسه ولهذا لو تجوز به في العرف والسلم جاز وكان مستوفيا لا مستبدلا
فكان البائع يقبضها قابضا للثمن وتسليم المبيع بعد قبض الثمن صحيح ثم بالرد ينتقض قبضه من
الاصل كما قال ولكن في الحكم الذي يحتمل النقص بعد الثبوت دون مالا يحتمل ذلك ألا
نرى أن المولى اذا قبض بدل الكتابة فوجده زيوفا فرده لا يبطل العتق وكذلك لو حلف
لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه فاستوفى حقه ثم وجد انقبوض زيوفا فرده لا يبطل به حكم
البرقي الممين فقد بينا ان حق البائع في الحبس بعد ما سقط لا يتصور عوده فلا يعود بانتقاض
القبض بالرد أيضا بخلاف الستوق والرصاص فهناك يتبين انه لم يقبض الثمن وان تسليمه لم يكن
صحیحا وبخلاف المستحق لان قبض المستحق موقوف على اجازة المستحق فالتسليم الذي ينبنى
عليه يكون موقوفا أيضا ولا يكون صحیحا مطلقا وان لم يرتفع البائع من المشتري العبد ولم
يجد في الثمن شيئا مما ذكرنا حتى باع المشتري العبد أو وهبه وسلمه أو رهنه وسلمه أو أجره
ثم وجد البائع في الثمن بمض ما ذكرنا فجميع ما صنع المشتري في العبد جائز لا يقدر البائع على
رده ولا سبيل له على العبد لان المشتري تصرف فيه بعد القبض وانما تصرف فيه بتسليط
البائع فالبيع والتسليم تسليط له على التصرف ألا ترى ان في البيع الفاسد لا يتمكن البائع من
نقض تصرفه فلما حصل بتسليط صحيح كان أولى ولو كان المشتري قبض العبد بغير اذنه ثم
صنع فيه بمض ما ذكرنا ثم وجد البائع بمض الثمن على ما ذكرنا كان له أن ينقض جميع ما
صنع المشتري فيه ويسترده حتى يوفيه المشتري الثمن لان تصرف المشتري حصل لا بتسليط
من البائع فالقبض منه كان بغير اذن وذلك لا يسقط حق البائع في الحبس ولما ظهر ان
الثمن كان على ما وصفنا فقد ظهر أن حق البائع باق في الحبس لم يسقط حكما بوصول حقه
ولا أسقطه باختياره بتسليم المبيع الى المشتري فكان له أن ينقض جميع ما تصرف فيه
المشتري اذا كان محتملا للقبض بان كان البائع لما علم قبض المشتري العبد سلم ذلك ورضي
به والمسئلة على حالها كان هذا مثل اذنه له في القبض لأنه أجاز قبضه في الانتهاء وتأثير اجازته

في اسقاط حقه كتأثير اذنه في الابتداء * قال ولو كان لرجل على رجل ألف درهم فرهه
بها عبدا يساوى ألفا فقبضه المرتهن ثم قضاه لراهن دراهمه ولم يقبض الرهن حتى وجد
المرتهن الدراهم أو بعضها زيوفاً أو نهرجة أو ستوقاً أو رصاصاً أو استحققت من يده فاعلم
أن الجواب في الرهن في جميع ما ذكرنا كالجواب في البيع لأن المرهون محبوس بالدين كما
أن المبيع محبوس بالثمن إلا في خصلة واحدة وهي ما إذا وجد المرتهن المقبوض زيوفاً فردّه
وقد كان الراهن قبض الرهن باذنه فللمرتهن أن يسترده ويحبسه بالدين بخلاف البيع وزفر
يستدل في الخلاف به وانفرد أن تسليم المرتهن المين الى الراهن ليس بمسقط حقه في
الحبس وإن كان صحيحاً في نفسه ألا ترى أنه لو سلم المرهون الى الراهن على طريق العارية
أو الوديعة كان له أن يسترده كذلك اذا سلمه بعد قبض الزيوف فانما المسقط لحقه كمال
وصول حقه اليه ولم يوجد بخلاف المبيع فالتسليم الصحيح من البائع مسقط حقه في الحبس
وهذا لأن الثابت للمرتهن بعقد الرهن بدل الاستيفاء فيبقى حقه ما لم يستوف حقه وقد
تبين أنه لم يستوف حقه ألا ترى أن مع التأجيل في الدين يكون له أن يحبس الرهن فأما في
البيع فحق الحبس للبائع باعتبار توجه المطالبة له بالثمن حتى لو أجله في الثمن لم يبق حقه في
الحبس وبعد قبض الزيوف ليس له حق المطالبة بالثمن ما لم يرد المقبوض فهذا سقط حقه
في الحبس اذا سلم المبيع قبل أن يرد المقبوض قال واذا اشترى الرجل من الرجل عبدا بألف
درهم فلم يقبضه حتى وكل رجلا يقبضه فقبضه الوكيل بنير أمر البائع ولم ينقد البائع الثمن
فهلك العبد في يد الوكيل فللبائع أن يضمّن الوكيل قيمة العبد فيكون في يده حتى يعطيه
المشتري الثمن لأن بالبيع المبيع صار مملوكاً للمشتري ولكنه محبوس في يد البائع ما لم يصل
اليه الثمن فقبض الوكيل في حق البائع جناية بمنزلة النصب ولو غصبه منه غاصب فهلك في يده
كان للبائع أن يضمّن القيمة وهذا نظير المرهون اذا قبضه وكيل الراهن بنير رضا المرتهن
فهلك في يده يكون ضامناً حقاً للمرتهن وهذا بخلاف ما لو كان المشتري قبضه بنفسه فهلك
عنده فانه لا يكون ضامناً للقيمة لأن قبض المشتري يقرر عليه ضمان الثمن فلا يوجب عليه
ضمان القيمة اذ لا يجوز أن يجتمع الضمانان على واحد بسبب قبض واحد فاما قبض الوكيل
فلا يوجب عليه ضمان الثمن فيكون موجبا ضمان القيمة لحق البائع ثم استرداد البائع القيمة
نه كاسترداد العبد لو كان باقيا اذ القيمة تقوم مقام المين وانما سميت قيمة لقيامها مقام المين

فإذا أعطاه الثمن رجعت القيمة الى الوكيل لان الوكيل في حق المشتري كان أمينا ممتثلا
 لامره وانما كان ضمان القيمة عليه لحق البائع فإذا سقط حقه رجعت القيمة الى الوكيل
 كما لو أوفى المشتري الثمن قبل أن يضمن البائع الوكيل ولو نويت القيمة عند البائع سقط
 الثمن عن المشتري لان استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استرد العين فهلك عنده انقسخ
 البيع وسقط الثمن فكذلك اذا استرد القيمة ثم يتبع الوكيل المشتري في القيمة لانه في القبض
 كان عاملا له بأمره وقد لحقه فيه ضمان فيرجع به عليه ولو كان المشتري أعتق المبيع قبل
 القبض لم يكن عليه ضمان القيمة لان اعتاقه اياه بمنزلة القبض ولو قبضه فهلك في يده لم
 يكن عليه ضمان القيمة فكذلك اذا أعتقه ولو كان الوكيل هو الذي قبض العبد باذن
 المشتري ثم أعتقه المشتري فهذا وموت العبد في يد الوكيل سواء في حق البائع لانه تعذر
 عليه استرداده بهذا السبب فهو كتعذر الاسترداد بالموت في يده وهذا لان أمر المشتري
 الوكيل بالقبض غير معتبر في حقه لانه لا يملك قبضه بنفسه لحق البائع في الحبس فكذلك
 لا يملك أن يأمر غيره به قال ولو أن المشتري أمر رجلا بعتق العبد وهو في يد البائع فاعتقه
 المأورفني قول أبي يوسف الاول هذا وأمره بالقبض سواء في جميع ما ذكرنا من التفريع
 لان اعتاق المبيع بمنزلة القبض فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل بالقبض سواء ألا ترى
 ان المشتري لو باشره بنفسه كان ذلك بمنزلة قبضه فكذلك اذا وكل الغير به فهو والوكيل
 بالقبض سواء ثم رجع وقال لا ضمان على الوكيل في هذا الفصل ولكن يرجع البائع على
 المشتري بالثمن وهو قول محمد وهو رواية عن أبي حنيفة ووجه ذلك ان الوكيل بالاعتاق
 معبر عن المشتري فيكون ذلك كاعتاق المشتري بنفسه وذلك يقرر عليه الثمن فلا يوجب
 ضمان القيمة كما لو أعتقه بنفسه وتقرير هذا انه بكلمة الاعتاق إذا جمل مقصورا عليه
 لا يحصل به الاتلاف ولا يبطل به حق البائع وانما يحصل به الاتلاف اذا انتقلت عبارته
 الى المشتري ألا ترى أنه لو أعتقه بنير اذن المشتري كان اعتاقه باطلا ولا يجب على المعتقل له
 ضمان واذا قلنا عبارته الى المشتري كان هذا مقورا للثمن عليه فلا يكون موجبا ضمان القيمة
 فاما القبض ففعل محسوس يوجب الحكم على القابض اذا جمل مقصورا عليه ألا ترى انه لو
 قبضه بنير اذن المشتري كان موجبا عليه ضمانه فكذلك اذا قبضه باذنه لانه لا معتبر باذنه في
 حق البائع واذا اقتصر حكم القبض على القابض في حق البائع كان هو ضامنا للقيمة ولو

اعتق المشتري المبيع قبل القبض وهو معسر فلا يسب البائع أن يستسعى العبد في شيء رجع أبو يوسف عن هذا وقال له أن يستسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الثمن وذكر هذا القول في نوادر هشام وجعله قياس المرهون إذا أعتقه الراهن وهو معسر ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن بعقد الرهن يتسبب للمرتهن حق الاستيفاء من مائة الرهن وتلك المائة احتبست عند العبد باعتاق الراهن إياه فكان له أن يستسعى العبد إذا تعذر عليه الوصول إلى حقه أسررة الراهن فاما البائع فما كان له حق استيفاء الثمن من مائة المبيع ولما كان له ملك العين واليد فزال ملك العين بالمبيع وبقي له اليد إلى أن يصل إليه الثمن وباعتاق المشتري العبد فأتى عمله ومجرد اليد ليس يقوم على العبد فلا يستسعى لاجل ذلك . يوضحه أن حق البائع في الحبس ضعيف ولهذا يسقط باعتاق المبيع من المشتري بخلاف حق المرتهن ثم يعود تصرف المشتري بتسليط البائع إياه على ذلك فيمتنع هذا التسليط بثبوت حقه في استسعاء العبد بخلاف تصرف الراهن في المرهون فإن لم يمتقه المشتري ولكنه أفلس بالثمن فإن لم يكن البائع سلم المبيع إليه فله أن يجبره إلى أن يستوفي الثمن وإن كان سلم المبيع إليه فله أن يسترده ولكنه أسوة غرماء المشتري فيه وليس له أن يفسخ البيع عندنا وقال الشافعي إذا أفلس المشتري بالثمن فللبائع أن يفسخ البيع وهو أحق بالمبيع إن كان سلمه بفسخ العقد ويعيده إلى ملكه ويؤيده حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل أفلس بالثمن فوجد رجل متاعه عنده بعينه فهو أحق به والمعنى فيه أن البيع عقد معاوضة فطاقة يقتضي التسوية بين المتعاقدين ثم لو تعذر على المشتري قبض المبيع بالابق ثبت للمشتري حق الفسخ فكذلك إذا تعذر على البائع قبض الثمن لا فلاس المشتري وكما أن المصلحة في الآبق كالثاوي حكما فكذلك الدين في ذمة المفلس بمنزلة الثاوي حكما لاستبداد طريق الوصول إليه ولا فرق بين المبيع والثمن إلا من حيث أن الثمن دين والمبيع عين وكما أن تعذر القبض في العين يثبت حق الحبس فكذلك تعذر القبض في الدين ألا ترى أن المسلم فيه دين فإذا تعذر قبضه بانقطاعه من أيدي الناس يثبت لرب السلم حق الفسخ فكذلك الثمن ولا فرق بينهما سوى أن الثمن مفقود والمسلم به والمسلم فيه موقوف عليه ولكن حق الفسخ يثبت بتعذر قبض الموقوف به كما ثبت بتعذر قبض الموقوف عليه ألا ترى أن المكاتب إذا عجز عن أداء بدل الكتابة تمكن المولى من فسخ العقد وبدل الكتابة موقوف به كالثمن والدليل عليه

أن هلاك الثمن قبل القبض يوجب انفساخ العقد كهلاك المبيع ان من اشترى بفلس شيئا فكسدت قبل القبض بطل العقد لان الثمن فلس رائجة فاذا كسدت انفسا فلهلك الثمن وما ينقص العقد بهلاك اذا تمذر قبضه ثبت للعاقدة حق الفسخ كالمبيع . وحجتنا في ذلك قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة والمشتري حين أفلس بالثمن قد استحق النظرة شرعا ولو أجله البائع لم يكن له أن يفسخ العقد قبل مضي الاجل فاذا صار منظرا بانظار الله تعالى أولى أن يتمكن البائع من فسخ العقد وأما الحديث الذي استدلوا به فقد ذكر الخصاص بإسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو في ماله بين غرمائه أو قال فهو اروة غرمائه فيه وتأويل الرواية الاخرى ان المشتري كان قد قبضه بغير اذن البائع أو مع شرط الخيار للبائع وبه تقول ان في هذا الموضع للبائع حق الاسترداد والمعنى فيه ان لم يتعين على البائع شرط عقده فلا يتمكن من فسخ العقد كما لو كان المشتري مالياً ويان ذلك ان موجب العقد ملك اليمين فان اليمين يجب بالعقد ويملك به وانما يملك بالعقد ديناً في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس على ما كانت عليه قبل الافلاس محل صالح لوجوب الدين عليه فاما حق الاستيفاء فثبت للبائع بسبب ملكه لا بحكم العقد ألا ترى انه يجوز اسقاطه بالابراء والاستبدال وقبض البدل اذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال وقبض البدل اذا صار مستحقا بالبيع لا يجوز اسقاطه بالاستبدال كما في البيع عينا كان أو ديناً فرغنا ان حق قبض الثمن له بحكم الملك لا ان يكون موجب العقد فيتعذره لا يتغير شرط العقد والدليل على هذا أن قدرة المشتري على تسليم الثمن عند العقد ليس بشرط لجواز العقد فلو كان تسليم الثمن يستحق بالعقد لكانت القدرة على تسليمه شرطاً لجواز العقد كما في جانب المبيع فانه اذا كان عينا لا يجوز العقد إلا ان يكون مقدور التسليم للبائع وان كان ديناً كالتسليم لا يجوز العقد الاعلى وجه تثبت القدرة على التسليم به للعاقدة وهو الاجل ولما جاز الشراء بالدرهم حالا وان لم يكن في ملكه عرفنا ان وجوب تسليم الثمن ليس من حكم العقد وبهذا الحرف يستدل في المسئلة ابتداء فان العجز عن تسليم الثمن اذا طرأ بالاflas لا يكون أقوى من العجز عن تسليم الثمن اذا اقترن بالعقد والفلس اذا اشترى شيئا والبائع يعلم انه مفلس صح العقد ولزم فبالافلاس الطارئ لأن لا ترتفع صفة اللزوم أولى بخلاف جانب المبيع فهناك ابتداء العقد مع العجز عن التسليم لا باق العبد لا يجوز فلنرضى به المشتري فكذلك

إذا طرأ العجز فانه يثبت للمشتري حق الفسخ فان قيل كيف يستقيم هذا وقد قلنا ان أول التسليمين على المشتري فلو لم يكن تسليم الثمن مستحقا بالعقد لم يتأخر حقه في قبض المبيع الا ان يؤدي الثمن قلنا وجوب أول التسليمين عليه لتحقيق معنى التسوية بينهما لأن ذلك موجب العقد على ماقررنا ان العقد عقد تمليك فيقتضى التسوية بين المتعاقدين في الملك وقد حصل الملك لكل واحد منهما بالعقد الا ان الملك في العين أكل منه في الدين فعلى المشتري تسليم الثمن أولا ليتقوى به ملك البائع فكان ذلك من حكم الملك لا ان يكون موجب العقد ولئن سلمنا انه من حكم العقد لا تقتضى التسوية ولكن هذا المعنى قد انعدم بتسليم البائع للمبيع طوعا فهو كما لو انعدم بالتأجيل في الثمن فلا يبق له بعد ذلك حق فسخ البيع وان تعذر عليه استيفاء الثمن لا فلاس المشتري وهذا بخلاف الفلوس اذا كسدت لانه تغير هناك موجب العقد فيتغير فوجب العقد ملك فلوس هي ثمن وبعده الكسالة لا يبق له في ذمة المشتري فلوس بهذه الصفة فاما بعد افلاس المشتري فيبقى الثمن في ذمته مملوكا للبائع كما استحقه بالعقد وهذا بخلاف الكتابة لان هناك يعجز المكاتب بغير موجب العقد فوجب ملك المولى بدل الكتابة عند حلول الاجل ولا يملكه إلا بالقبض لأن المكاتب عبد له والمولى لا يستوجب ديناً في ذمة عبده ولهذا لو كفله له انسان ببدل الكتابة عن المكاتب لم تصح الكفالة وللمكاتب أن يعجز نفسه فاذا لم يكن له ذلك دينا حقيقة قلنا الملك للمولى انما يثبت بالقبض واذا عجز المكاتب عن الاداء فقد تغير ماهو موجب العقد عليه فهذا يمكن من فسخ العقد وهنا بافلاس المشتري لا يتغير ملك البائع في الثمن فانه مملوك دينا في ذمة المشتري ولسنا نسلم أن الدين في ذمة المفلس ناو فان المديون اذا كان مقرا بالدين فهو قائم حقيقة وحكما مفلسا كان أو مليا ولهذا قال أبو حنيفة يجب على صاحب الدين الزكاة بمعنى اذا قبضه فاذا لم يتغير موجب العقد لا يتمكن من فسخ العقد والله أعلم

تم الجزء الثالث عشر ويليهِ الجزء الرابع عشر

وأوله كتاب الصرف

﴿ فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب المبسوط ﴾

للإمام السرخسي الحنفي رحمه الله

صحيحة

- ٢ باب البيوع الفاسدة
- ١٣ باب البيوع إذا كان فيها شرط
- ٢٨ باب الاختلاف في البيوع
- ٣٨ باب الخيار في البيع
- ٦٨ باب الخيار بغير الشرط
- ٧٨ باب المراجعة
- ٩١ باب العيوب في البيوع
- ١٣٠ باب بيع أهل الذمة
- ١٣٩ باب بنوع ذوي الأرحام
- ١٤٣ باب بيع الأمة الحامل
- ١٤٥ باب الاستبراء
- ١٥٩ باب الاستبراء في الاختين
- ١٦٣ باب آخر من الخيار
- ١٦٧ باب بيع النخل وفيه ثمر أو لم يكن فيه ثمر
- ١٦٧ باب جنابة البائع والمشتري على المبيع قبل القبض
- ١٨٦ باب زيادة المبيع وتقصانه قبل القبض
- ١٩٢ باب قبض المشتري باذن البائع أو بغير اذنه

﴿ تمت الفهرست ﴾

كِتَاب
المَكْسُوط
لِسُتْمَسِ الدِّينِ السَّرْخِيسِيِّ
الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٤٩٠ هِجْرِيَّةً

جميع الحقوق محفوظة

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٩٩٣م - ١٤١٤هـ

دار الكتب العلمية بيروت - لبنان

ص.ب: ٩٤٢٤/١١ - تلخس: Le 41245 Nasher

هاتف: ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ - ٨٦٨٠٥١ - ٨٥٥٧٣

فناكس: ٤٧٨١٣٧٣/١٢١٢ - ٠٠/٩٦١١/٦٠٢١٣٣

كِتَابُ الْمَبْسُوطِ

لِسَمْسِ الدِّينِ السَّرْحَسِيِّ

الْمُتَوَفَّى سَنَةِ ٤٩٠ هِجْرِيَّةً

وكتب ظاهر الرواية أتت * ستا وبالأصول أيضاً سميت
صنفها محمد الشيباني * حرر فيها المذهب النعماني
الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير
ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط
ويجمع الست كتاب الكافي * للحاكم الشهيد فهو الكافي
أقوى شروحه الذي كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسي

﴿ تنبيه ﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة
جامعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

لِلْجُزْءِ الرَّابِعِ عَشَرَ

دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ

بِירוْت - لَبْنَان

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصرف

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة ونغر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي املاء الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الاثمان بعضها ببعض والاموال أنواع ثلاثة نوع منها في العقد ثمن على كل حال وهو الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أو لم يصحبها سواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غير جنسها ونوع منها ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات لامثال من العروض كالثياب والدواب والماليك ونوع هو ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون فانها اذا كانت معينة في العقد تكون مبيعه وان لم تكن معينة فان صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهو ثمن وان لم يصحبها حرف الباء وقابلها ثمن فهي مبيعه وهذا لأن الثمن ما يثبت ديناً في الذمة قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة قال الفراء في معناه الثمن عند العرب ما يثبت ديناً في الذمة والنقود لا تستحق بالمقد الا ديناً في الذمة ولهذا قلنا انها لا تعين بالتمين وكان ثمنها على كل حال والعروض لا تستحق بالمقد الا عينا فكانت مبيعه والسلم في بعضها رخصة شرعية لا تخرج به من أن تكون مبيعه والمكيل والموزون يستحق عينا بالمقد نارة وديناً أخرى فيكون ثمنها في حال مبيعا في حال والتمن في العرف ما هو المعقود به وهو ما يصحبه حرف الباء فاذا صحبته حرف الباء وكان ديناً في الذمة وقابله مبيع عرفنا أنه ثمن واذا كان عينا قابله ثمن كان مبيعا لانه يجوز أن يكون مبيعا يحال بخلاف ما هو ثمن بكل حال ومن حكم الثمن أن وجوده في ملك العاقد عند العقد ليس بشرط لصحة العقد وانما يشترط ذلك في المبيع وكذلك فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع والأصل فيه حديث ابن عمر رضي الله عنه حيث سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني أبيع الابل بالبقيع فربما أبيع بالدينار وآخذ مكانها الدراهم أو على عكس ذلك فقال صلى الله

عليه وسلم لا بأس إذا افترقا وليس بينكما عمل وإذا ثبت جواز الاستبدال بالثمن قبل القبض ثبت أن فوات التسليم فيه لا يبطل العقد لأن في الاستبدال تفويت التسليم فيما استحق بالعقد وبهذا ثبت أن ملكه عند العقد ليس بشرط لأن اشتراط الملك عند العقد إما للملك العين والثمن دين في الذمة أو للقدرة على التسليم ولا أثر للعجز عن تسليم الثمن في العقد والحكم الذي يختص به الصرف من بين سائر البيوع وجوب قبض البديلين في المجلس وأنه لا يكون فيه شرط خيار أو أجل وذلك ثابت بالحديث الذي روينا أنه قال النبي صلى الله عليه وسلم لا بأس إذا افترقا وليس بينكما عمل أى مطالبة بالتسليم لوجود القبض قبل الاقتراق ولأن هذا العقد اختص باسم فيختص بحكم يقتضيه ذلك الاسم وليس ذلك صرف ما في ملك كل واحد منهما إلى ملك صاحبه لأن البديل من الجانبين يجب ابتداء بهذا العقد لا أن يكون مملوكاً لكل واحد منهما قبله ولأن ذلك ثابت في سائر البيوع عرفنا أنه يسمى صرفاً لما فيه من صرف ما في يد كل واحد منهما إلى يد صاحبه ولم يسم به لوجوب التسليم مطلقاً لأن ذلك يثبت في سائر البيوع عرفنا أنه إنما سمي به لاستحقاق قبض البديلين في المجلس ولأن هذا العقد مبادلة الثمن بالثمن يثبت بالعقد دينا في الذمة والدين بالدين حرام في الشرع أنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ فما يحصل به التعيين وهو القبض لا بد منه في هذا العقد وكان ينبغي أن يشترط مقروننا بالعقد لأن حالة المجلس تمام مقام حالة العقد شرعاً للتيسير وإذا وجد التعيين بالقبض في المجلس يجعل ذلك كالموجود عند العقد وليس أحد البديلين في ذلك بأولى من الآخر فشرطنا القبض فيهما لهذا المعنى ولساننا في المجلس موضع جلوسهما بل المعتبر وجود القبض قبل أن يتفرقا حتى لو قاما أو مشيا فرسخاً ثم تقابضا قبل أن يتفرقا أى يفارق أحدهما صاحبه حال العقد وكذلك لو ناما في المجلس أو أغشى عليهما ثم تقابضا قبل الاقتراق روى ذلك بشر عن أبي يوسف ولهذا لا يجوز شرط الخيار في هذا العقد لأن الخيار بعدم الملك فيكون أكثر تأثيراً من عدم القبض قبل الاقتراق وبشرط الخيار يمتنع استحقاق ما به يحصل التعيين وهو القبض ما بقي الخيار وكذلك شرط الأجل ينعدم استحقاق القبض الذي يثبت به التعيين فلماذا كان مبطلاً لهذا العقد وقد دل ما قلنا على الأخبار التي بدى الكتاب بها فيها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الفضة بالفضة وزن بوزن يد بيد والفضل ربا إلى

آخره وقد بدأ بهذا الحديث كتاب البيوع وبيننا تمام شرحه في كتاب البيوع ومن ذلك حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بآباء خسرواني قد احكمت صنعته فبعثني به لا يبيعه فاعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر رضي الله عنه فقال اما الزيادة فلا وهذا الاناء كان من ذهب أو فضة وفيه دليل على أنه لا قيمة للصنعة في الذهب والفضة عند المقابلة بنفسها لانه لم يجوز الاعتياض عنها وما كان مالا متقوما شرعا فلا اعتياض عنه جائز فمررنا انه انما لم يجوز لانه لا قيمة للصنعة في هذه الحالة شرعا كما لا قيمة للصنعة في المعارف والملاهي شرعا وفيه دليل أن الذهب والفضة بالصنعة لا تخرج من ان تكون وزنية وان اعتاد الناس بيعها بغير وزن بخلاف سائر الموزونات لأن صنعة الوزن فيها ثابتة بالنص فلا تتغير بالعرف بخلاف سائر الاشياء والى ذلك أشار ابن سيرين حين سئل عن بيع آناه من حديد بآناه من فضة فقال قد كانوا يبيعون الدرع بالدرع يعني ان مالا يعتاد الناس وزنه من هذا الجنس لا يكون موزونا ثم ذلك الاناء كان ليبت المال وانما قصد عمر رضي الله عنه يبيعه ان يصرف الثمن الى حاجة المسلمين ثم وكل به أنس بن مالك رضي الله عنه وفيه دليل على جواز التوكيل بالصرف وعن أبي جبله قال سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت انا تقدم أرض الشام ومعنى الورق الثقال الناقصة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة أفبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا نفعل ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فنب معه وفيه دليل رجوع ابن عمر رضي الله عنهما عن قوله في جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس رضي الله عنهما وأنه لا قيمة للجودة في النقود وان المقتى اذا تين جواب ما سئل عنه فلا بأس ان يبين للسائل الطريق الذي يحصل به مقصوده مع التحرز عن الحرام ولا يكون هذا مما هو مذموم من تعليم الخيل بل هو اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم حيث قال لعامل خير هلا بعت تمرك بسبعة ثم اشتريت بسلتك هذا التمر وفيه دليل أن القليل من الفضل والكثير في كونه ربا سواء اظلمر قوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا وان التقابض قبل الافتراق في الصرف مستحق وان القيام عن المجلس من غير افتراق لا يمنع بقاء العقد فانه قال وان وثب من سطح فنب معه للتحرز عن مفارقة احدهما صاحبه قبل القبض وعليه دل حديث كليب بن وائل قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف فقال من هذه الى هذه يعني من يدك الى

يده وإن استنظرته إلى خلف هذه السارية فلا تفعل وإنما كنى بهذا اللفظ عن مفارقة أحدهما صاحبه قبل القبض لأن بالمفارقة يغيب عن بصره وبالاستتار بالسارية يغيب عن بصره أيضاً فذكر ذلك على وجه الكتابة عن المفارقة لا أن يكون حقيقة السارية بينهما موجبا للافتراق فإن ابتداء العقد بينهما صحيح في هذه الحالة وكون السارية بينهما لا يعد افتراق عرفاً وعن محمد بن سيرين أنه كان يكره أن يباع السيف المحلى بالفضة بالنقرة مخافة أن تكون الفضة التي أعطى أقل مما فيه ويكره أن يبيعه بالنسيئة ولا يرى بأساً بأن يبيعه بالذهب وبه تأخذ فنقول يبيع بالذهب جائز بالنقد لقوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلفت النوعان فبيعهما كيف شئت بعد أن يكون يدا بيد ولا يجوز يبيعه بالنسيئة سواء باعه بالذهب أو بالفضة لأن العقد في حصص الحلية صرف فاشتراط الأجل فيه مفسد ولا ينزع الحلية من السيف إلا بضرر ففساد العقد فيها يفسد في الكل دفعا للضرر أما يبيعها بالفضة فعلي أربعة أوجه إن كان يعلم أن فضة الحلية أكثر فهو فاسد وكذلك إن كانت الحلية مثل النقد في الوزن لأن الجفن والمائيل فضل خال عن العوض فإن مقابلة الفضة بالفضة في البيع تكون بالأجزاء وإن كان يعلم أن الفضة في الحلية أقل جاز العقد على أن يجعل المثل بالمثل والباقي بأزاء الجفن والمائيل عندنا خلافاً للشافعي وإن كان لا يدري أيهما أقل فالبيع فاسد عندنا لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل وعند زفر هذا يجوز فإن الأصل الجواز والمفسد هو الفضل الخالي عن العوض فما لم يعلم به يكون العقد مملوكاً بجوازه وقد بينا هذا في البيوع وعن أبي بصرة قال سألت ابن عمر رضي الله عنهما عن الصرف قال لا بأس به إذا يبدوسألت ابن عباس رضي الله عنهما فقال مثل ذلك فعمدت في حلقة فيها أبو سعيد الخدري رضي الله عنه فأمرني رجل فقال سله عن الصرف فقلت إن هذا يأمرني أن أسئلك عن الصرف فقال لي الفضل ربا فقال سله أمن قبل رأيه يقول أو شيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال أبو سعيد رضي الله عنه بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم أنا رجل يكون في نخله برطب طيب فقال صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال أعطيت صاعين من تمر رديء وأخذت هذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت فقال إن سعر هذا في السوق كذا وسعر هذا كذا فقال صلى الله عليه وسلم أريت ثم قال صلوات الله عليه هل لا بتمه بسبعة ثم ابتعت بسبعتك ثم قال أبو سعيد رضي الله عنه الفضل في التمر ربا

والدراهم مثله فقال أبو بصرة فلقيت بعد ذلك ابن عمر رضي الله عنهما فقال لا خير فيه وأمرت أبا الصهباء فسأل ابن عباس رضي الله عنهما عن الصرف فقال لا خير فيه وفي هذا دليل رجوع ابن عمر ابن عباس رضي الله عنهما عن فقواهما بجواز التفاضل وقد روى أن عليا رضي الله عنه لما سمع هذه الفتوى عن ابن عباس رضي الله عنهما فقال انك رجل تائه وعن الشعبي قال حدثني بضعة عشر نفرا من أصحاب ابن عباس رضي الله عنهما الخبر فالخبر انه رجع عن فتواه فقال الفضل حرام وقال جابر بن زيد رضي الله عنه ما خرج ابن عباس رضي الله عنه من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف والمثمة فلم ان حرمة التفاضل يجمع عليه في الصدر الاول وان قضاء القاضي بخلافه باطل وفيه دليل انهم كانوا يسمعون حكما في حادثة فيلحقون بها ما في معناها فان أبا سعيد رضي الله عنه ذكر أنه سمعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم روى الحديث في التمر وبين ان الدراهم مثله وفيه دليل على ان النص في شيء يكون نصافيا هو في معناه من كل وجه لانه لو كان هذا قياسا فالقياس استنباط بالرأى وما كان يقول بل سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه دليل انه لا بأس للمستفتى أن يطلب المفتى بالدليل اذا كان أهلا لذلك فان أبا سعيد رضي الله عنه لم يشكر عليه ذلك وانه لا بأس للانسان أن يأمر غيره بالاستفتاء وان كان هو المحتاج اليه كما فعله هذا الرجل وان كان احتشم أبا سعيد رضي الله عنه فلم يسأله بنفسه كما روى ان الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يجلسون حول رسول الله صلى الله عليه وسلم كان على رؤسهم الطير وكان يعجبهم ان يدخل اعرابي ليسأله ليستفيدوا بسؤاله أو علم هذا الرجل بقول ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما ولم يعجبه ان يظهر الانكار عليهما فأمر غيره حتى سأل أبا سعيد الخدري رضي الله عنه فيطالبه بالدليل ليتبين ماهو الصواب فيحصل المقصود من غير أن يستوحش أحد وهذا أقرب الى حسن العشرة وعن شريح ان رجلا باع طوق ذهب مفضض بمائة دينار فاختمها الى شريح رضي الله عنه فأفسد البيع وهذا عندنا لانه لم يكن يدري مقدار الذهب الذي في الطوق أو علم انه مائة مثقال أو أكثر أما اذا علم انه دون مائة مثقال فالبيع جائز على أن تكون الزيادة بمقابلة الفضة إلا أن تكون الفضة تمويها فيه بحيث لا يستخلص فينبذ لا يتبر ذلك ولا يحصل بمقابلتها شيء فيكون بمقابلة الصنعة ولا قيمة للصنعة عند اتحاد الجنس وعن عبد الله ابن أبي سلمة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث يوم خيبر سعد بن سعد بن مالك

وسعدا آخر رضى الله عنهما ليبيعا غنائم بذهب فباعاها كل أربعة مثاقيل ذهب تبرأ بثلاث مثاقيل عينا فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم أريتهما فردا وفيه دليل ان الامام ولاية بيع الغنائم وقسمة الثمن بين الغانمين اذا رأى النظر فيه وان له أن يوكل غيره في ذلك وان التفاضل حرام في بيع الغنائم ومال بيت المال كغيرها وان العقد الفاسد يستحق فسخه ورده لان مباشرته معصية والاصرار على المعصية معصية فلهذا قال صلى الله عليه وسلم أريتهما فردا ولم يعاتبهما على ما صنعنا لأن نزول تحريم الربا كان يومئذ لم يكن اشتهر بعد فمذرهما بالجهل به وعن سليمان بن بشير قال أتاني الاسود بن يزيد فصرف له الدراهم وافية بدنانير ثم دخل المسجد فصلى ركعتين فيما أظن ثم جاءني فقال اشتريها غلة فجعلت أطلب الرجل الذى صرفت عنده فقال لا عليك ان لا تجده وان وجدته فلا أبالي وفيه دليل جواز التوكيل بالصرف وان التفاضل حرام عند اتفاق الجنس لأنه كان مقصود الاسود ان يشتري بالدراهم الجياد الغلة وعلم أن الفضل حرام فأمره ان يشتري بها دنانير ثم أمره بأن يشتري بالدنانير الغلة وكان هذا الوكيل اشتغل بطلب ذلك الرجل لانه ظهر عنده أمانته ومساعدته في المعاملة وبين له الاسود أنه كغيره فيما هو مقصودى فلا يتكلف في طلبه وعن أبان بن عباس عن أنس بن مالك رضى الله عنه قال بعت جام فضة بورق باقل من ثمنه فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه فقال ما حملك على ذلك قلت الحاجة قال رد الورق الى أهلها وخذ اناءك وعارض به فقيه دليل حرمة الفضل وجوب الرد عن فساد العقد وان بسبب الحاجة لا يحل الربا لان الحاجة ترتفع من غير ارتكاب الحرام كما هده عمر رضى الله عنه بقوله وخذ اناءك وعارض به ولكنه عذره للحاجة ولم يؤد به وكان قصده بالسؤال في الابتداء أن يعلم سبب اقدامه على هذا العقد حتى اذا باشره مع العلم به من غير حاجة ادبه عليه وقد كان مؤدبا يؤدب على ما هو دون ذلك وعن أبي رافع قال سألت عمر بن الخطاب رضى الله عنه عن الصوغ أصوعه فأبيعه قال وزنا يوزن فقلت انى أبيعه وزنا يوزن ولكن آخذ فيه أجر عمل فقال انما عملك لنفسك ولا تردد شيئا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نبيع الفضة الا وزنا يوزن ثم قال يا أبا رافع ان الآخذ والمعطى والشاهد والكايب شركاء وفيه دليل حرمة الفضل وانه لا قيمة للصنعة فيما هو مال الربا فان عمر رضى الله عنه بين له أنه في الابتداء عمل لنفسه فلا يستوجب الاجر به على غيره ثم ما يأخذه من الزيادة عوضا عن الصنعة

ولا قيمة للصنعة في البيع ثم بين شدة الحرمة في الربا بقوله الآخذ والمعطى والكاتب والشاهد فيه سواء أئى في المأثم وهو نظير ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله في الخمر عشرة وقال صلى الله عليه وسلم الراشئ والمرثئ والرايش في النار ولعن الله من أعان الظلمة أو كتب لهم والاصل في الكل قوله ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وعن أبي الوداك عن أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب الكفة بالكفة والفضة بالفضة الكفة بالكفة ولا خير فيما بينهما فقلت انى سمعت ابن عباس رضى الله عنهما يقول ليس في يد بيد ربا فشي اليه أبو سعيد رضى الله عنه وأنا معه فقال له أسمع من النبي صلى الله عليه وسلم ما لم نسمع فقال لا فحدثه أبو سعيد رضى الله عنه الحديث فقال ابن عباس رضى الله عنهما لا أفتى به أبدا وفيه دليل على ان بيع الذهب والفضة بجنسهما اذا اعتدل البدل لان في كفة الميزان جاز البيع وان لم يعلم مقدار كل واحد منهما لتيقنا بالمائة وزنا والمائة اذ وزن أحدهما بصاحبه أظهر منه اذا وزن كل واحد منهما بالصنجات وفيه دليل رجوع عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن فتواه في اباحة التفاضل وان الحديث صحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد اتقاد لهم ابن عباس رضى الله عنهما وهذا لأن أبا سعيد رضى الله عنه كان من كبار الصحابة رضوان الله عليهم معروفًا بينهم بالصدالة والورع وانما مشي الى ابن عباس رضى الله عنهما بطريق الخشية لاظهار الشفقة وان كان لو دعاه الى نفسه لآتاه وهذا هو الاحسن للكبير في معاملة من هو أصغر منه وعن عمر رضى الله عنه قال لا تبعوا الدرهم بالدرهمين فاني أخاف عليكم الربا وقد نقل هذا اللفظ بعينه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فاني أخاف عليكم الارباء وعن ابن مسعود رضى الله عنه انه كان يبيع بقايا بيت المال يدا بيد بفضل فخرج خروجة الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فسأله عن ذلك فقال هو ربا وكان ابن مسعود رضى الله عنه استخلف على بيت المال عبد الله بن سخبيرة الأسدي فلما قدم ابن مسعود رضى الله عنه نهاه عن بيع الدراهم بالدراهم بينهما فضل وكان ابن مسعود رضى الله عنه عامل عمر رضى الله عنه بالكوفة على بيت المال فكان من مذهبه في الابتداء ان اختلاف الصنعة كاختلاف النوع وكان يجعل الباقية مع الجيد نوعين فيجوز التفاضل بينهما عملا بقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلفا النوعان فيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ثم سأل عمر رضى الله عنه بين له أن الكل نوع واحد فان الكل فضة

وقال صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا فرجع ابن مسعود الى قوله لانه بين له الحق في مقالته ومن هذا يقال عالم الكوفة كان يحتاج الى عالم المدينة يراد به ابن مسعود رضي الله عنهما وقد نقل نحو هذا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه فان أبا صالح السمان يقول سألت عليا رضي الله عنه عن الدراهم تكون معي لا تنفق في حاجتي فأشترى بها دراهم تنفق في حاجتي واهضم منها قال لا ولكن بع دراهمك بدنانير ثم اشترى بدنانير دراهم تنفق في حاجتك وفيه دليل على أن الجياد والزيوف نوع واحد فحرم التفاضل بينهما وهذا لانه لا قيمة للجودة هنا مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم جيدها وردثها سواء فلا يجوز الاعتياض عنها وعن القاسم بن صفوان قال أكرت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ابلا بدنانير فأتيته أنقاضا وبين يديه دراهم فقال لمولي له انطلق معه الى السوق فاذا قامت على سعر فان أحب أن يأخذوا لا فاشتر له دنانير فاعطها اياه فقلت يا أبا عبد الرحمن أيا صلح هذا قال نعم لا بأس بهذا لك ولدت وأنت صغير وفيه دليل جواز استبدال الآخر قبل القبض والآخر كالثمن وقد بينا ان ابن عمر رضي الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استبدال الثمن قبل القبض فجوز له ذلك فلهذا جواز ابن عمر الاستبدال بالأجر ولكن بشرط أن يرضي به صاحب الحق ولكن لما أشكل علي صاحب الحق سأله بقوله أيا صلح هذا فقال نعم انك ولدت وأنت صغير أي جاهل لا تعلم حتى تعلم وهكذا حال كل واحد منا فانه لا يعلم حتى يعلم فكانه مازحه بهذه الكلمة وكنى بالصغر عن الجهل ثم ذكر حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه في الربا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الاشياء الشنة وقال في آخره اذا اشتريتم بعضه ببعض فاشتروه كيف شئتم يدا بيد بمعنى بذلك اذا اختلف النوعان وقال معاوية رضي الله عنه ما بال أقوام يمدحون عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أحاديث لم نسمعها فقال عبادة رضي الله عنه أشهد اني سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أعاد الحديث ثم قال لا حدثن به وان رغب أنف معاوية وكان معاوية رضي الله عنه ممن يجوز التفاضل في الابتداء ثم رجع الى الحديث فلهذا قال ما قال وقيل انه أراد أن يستثبته في روايته ومعاوية رضي الله عنه من رواة حديث الربا فيحتمل أن يكون مراده بقوله أحاديث لم نسمعها ما ذكره في آخر الحديث وان اشتريتم بعضه ببعض فأكد عبادة رضي الله عنه روايته يمينه فان قوله أشهد بمعنى أحلف ثم قال لا حدثن به لاني أتيقن بسماعه من

رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالتبليغ فلا أدعه بقول معاوية رضي الله عنه بل أحدث به وإن رغم أنف معاوية وعن أبي الأشعث الصنعاني قال خطبنا عبادة بن الصامت رضي الله عنه بالشام فقال أيها الناس إنكم أحدثتم ييوعا لا يدرى ما هي ألا وإن الذهب بالذهب ووزنا بوزن تبره وعينه ألا وإن الفضة بالفضة تبرها وعينها سواء ولا بأس ببيع الذهب بالفضة يدا بيد والفضة أكثر ولا يصالح نسيئة ألا وإن الحنطة بالحنطة مدين بمدين ألا وإن الشعير بالشعير مدين بمدين ولا بأس ببيع الشعير بالحنطة يدا بيد والشعير أكثرهما ولا يصالح نسيئة ثم ذكر في التمر والملح مثل ذلك ثم قال من زاد أو استزاد فقد أربى وفيه دليل أن الفاسد يبيع فانه قال إنكم أحدثتم ييوعا ومراده ما كانوا يباشرونه من عقود الربا وفيه دليل على أن ما يجري فيه الربا من الأشياء المكيلة نصف صاع لأن قوله مدين بمدين عبارة عن ذلك وفيه دليل أنه كما يحرم أخذ الربا يحرم إعطاؤه فالمستزيد أخذ والزائد أعطى وقد سوى بينهما في الوعيد وعن عمر رضي الله عنه أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضهما على بعض لا يباع منها غائب بناجز فاني أخاف عليكم الرما والرما هو الربا وإن استنظرك إلى أن تدخل بيته فلا تنتظره ومعنى قوله لا يباع غائب بناجز أي نسيئة بتقد وفيه دليل الربا كما ثبت بالتفاوت في البدلين في القدر يثبت بتفاوتهما بالتقد والنسيئة وإن القبض قبل الافتراق لا بد منه في عقد الصرف وكفى عنه بقوله فإن استنظرك إلى أن تدخل بيته وعن الشعبي رضي الله عنه قال لا بأس ببيع السيف المحلى بالدرهم لأن فيه حمائله وجفنه ونصله ومراده إذا كان وزن الحلية أقل من وزن الدرهم ليكون الفضل بازاء الجفن والحمائل وعن الحسن أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي الله عنهم كانوا يتبعوا يمين فيما بينهم السيف المحلى والمنطقة المفضضة وبه نأخذ فنقول يجوز بيع ذلك بالمعروض والتقد بخلاف الجنس بشرط قبض حصة الحلية في المجلس وبالتقد من جنس الحلية بشرط أن يكون وزنه أكثر من وزن الحلية وعن إبراهيم قال الاقالة بيع وهكذا عن شريح معناه كالبيع في الحكم وبه نأخذ فنقول الاقالة في الصرف كالبيع بمعنى يشترط التقابض من الجانبين قبل الافتراق كما في عقد الصرف وهو معنى قول علمائنا رحمهم الله أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ووجوب التقابض في المجلس من حق الشرع فالاقالة فيه كالبيع وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال

سمعت عمر رضى الله عنه على المنبر يقول أيها الناس لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين فإن ذلك ربا
المجلان ولكن من كان عنده سحق درهم فليخرج به الى السوق وليقل من يتباع سحق
هذا الدرهم فليتبع به ما شاء والمراد بقوله فان ذلك ربا المجلان أى ربا النقد وهو اشارة
الى ان الربا نوعان فى النقد والنسيئة والمراد بقوله سحق درهم البقاية التى لا تنفق فى حاجة
يقال ثوب سحق أى خلق وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء بالزئوف ولكن بعد بيان عينها
ليتنفى الغرر والتدليس كما ذكره عمر رضى الله عنه وعن ابراهيم انه لم يكن يرى بأساً
باقتضاء الورق من الذهب والذهب من الورق بيعاً كان أو قرصاً أو كان بسعر يومه وبه تأخذ
فيجوز الاستبدال بثمن المبيع وفي بدل القرض قبل القبض وذكر الطحاوى أن الاستبدال
قبل القبض لا يجوز وكأنه ذهب بذلك الى انه لما كان لا يثبت فيه الاجل فهو بمنزلة مالا
يجوز الاستبدال به قبل القبض وبمنزلة دين لا يقبل الأجل كبذل الصرف وهو وهم منه
فان القرض انما لا يقبل الاجل لانه بمنزلة العارية وما يسترد فى حكم عين المقبوض على ما بينه
فى بابه والاستبدال بالمستعار قبل الاسترداد جائز وعن ابراهيم أنه كان يكره أن يشتري
الرجل الثوب بدينار الادرم وبه تأخذ فان الدرهم انما يستثنى من الدينار بالقيمة وطريق
معرفة القيمة الحزر والظن فكان المستثنى مجهولاً وبجهالته يصير المستثنى منه مجهولاً أيضاً
والبيع بثمن مجهول لا يجوز واذا اشترى الرجل الدراهم بدراهم أجود منها ولا يصالح له إلا وزناً
بوزن جيدها ورديتها ومصوغها وتبرها وايضها واسودها فى ذلك سواء للأحاديث التى
رويناها فقد ذكر فيها صاحب الشرع صلى الله عليه وسلم مقابلة الفضة بالفضة واسم الفضة
يتناول كل ذلك وكذلك الذهب بالذهب بالذهب جيدها ورديتها ومصوغها ناققه وغير ناققه فى
ذلك سواء لانه لاقيمة للجودة والصنعة فيها عند مقابلتها بجنسها فوجود ذلك كعدمه ولا
يجوز فيه شئ من الأجل لما بينا أن التقابض واجب فى مجلس العقد وترك أحد البديلين فى
المجلس مبطل للعقد فالتأجيل مناف لما هو مقتضى هذا العقد واشتراط ما ينافى مقتضى
العقد مبطل له واذا اشترى فضة بيضاء جيدة بفضة سوداء بأكثر منها ومع البيضاء ذهب
أو فلوس أو عروض فهو جائز عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز لان الانقسام على
مذهبه باعتبار القيمة فيصيب البيضاء أكثر من وزنها من الفضة السوداء وعندنا يحمل من
السوداء بأزاء البيضاء مثل وزنها والباقي بازاء ما زاد ترجيحاً لجهة الجواز على جهة الفساد وقد

قررنا هذا الفصل في البيوع وعلى هذا لو اشترى منطقة أو سيفاً محلياً بدراهم أكثر منها وزناً يجوز عندنا ولا يجوز عند الشافعي واستدل فيه بحديث فضالة بن عبيد قال أصبت قلادة يوم خيبر فيها خرز وذهب فبعتها بائني عشر ديناراً ثم سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا حتى يفصل وتأويل ذلك عندنا إذا كان يعلم أيهما أكثر وزناً أو يعلم أن وزن الذهب الذي في القلادة أكثر أو مثل المنفصل وفي هذه الوجوه عندنا لا يجوز العقد وإذا اشترى لجاماً مموهاً بفضة بدراهم بأقل مما فيه أو أكثر فهو جائز لأن التوبة لون الفضة وليس بين الفضة ألا ترى أنه لا يتخلص منه شيء فلا يجري الربا باعتباره وعلى هذا لو اشترى داراً مموهة بالذهب بثمن مؤجل فإنه يجوز وإن كان بسنة وفهامن التوبة بالذهب أكثر من الفضة أو الذهب لأنه لا يتخلص منه شيء فلا يعتبر ذلك في حكم الربا ولا في وجوب التقابض في المجلس وإذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار من رجل فانتقد أحدهما وأخذ الآخر رهناً بحقه فيه فهلك الرهن قبل الافتراق فهو جائز والرهن بما فيه لأن عقد الرهن يثبت بد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن من المالية دون العين حتى كانت العين هالكة على ملك الراهن فيجمل استيفاؤه قبل الافتراق بهلاك الرهن بمنزلة الاستيفاء حقيقة وقد بينا في السلم الاختلاف في الرهن والكفالة برأس المال فهو كذلك يبدل في الصرف وإذا كان حلي ذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يستطيع أن يخلصه منه إلا بضرر فاشتراه رجل بدينار لم يجز حتى يعلم أن الدينار فيه أكثر مما فيه من الذهب وعلى قول زفر إذا لم يعلم أيهما أكثر فالعقد جائز أيضاً وقد بينا نظيره في السيف المحلي فإن باعه بدينار نسيئة لم يجز فإن في حصة الحلية العقد صرف فيفسد شرط الاجل واللؤلؤ والجوهر لا يمكن تخليصه وتسليمه إلا بضرر فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولا يجوز شراء الفضة بالفضة مجازة لا يعرف وزنها أو وزن أحدهما لقوله صلى الله عليه وسلم الفضة بالفضة مثل بمثل والمراد بالمائلة في الوزن فاما أن يكون المراد أن يكون مثلاً بمثلاً عند الله أو عند المتعاقدين ونحن نعلم أن الأول ليس بمراد فالأحكام لا تبني على مالا طريق لنا إلى معرفته عرفنا أن المراد العلم بالمائلة عند المتعاقدين فصار هذا شرط جواز العقد وما هو شرط جواز العقد إذا لم يقترب بالعقد يفسد العقد فإن وزناً بعد العقد وكانا متساويين فإن كانا بعد في مجلس العقد فجواز العقد استحساناً لأن مجلس العقد جعل كحالة العقد ألا ترى أن انعدام الدينية في البدلين شرط جواز العقد إذا

انعدم ذلك بالتقايض في المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالممالة وان وزنا بعد الافتراق عن المجلس جعل كالمقترن بالعقد فكذلك العلم بالممالة فالعقد فاسد عندنا وقال زفر ان كانا متساويين فالعقد جائز لانه قد تبين أن شرط الجواز هي الممالة كان وجودا عند العقد فانه لا تأثير للوزن في احداث الممالة وانما يظهر به ممالة كانت موجودة وعلم المتعاقدين بوجود شرط جواز العقد ليس بشرط لصحة العقد كما لو تزوج امرأة بمحض من الشاهدين ولا يعلم بهما المتعاقدان ولكننا نقول قد بينا أن العلم بالممالة شرط الجواز هنا وذلك لا يحصل الا بالوزن فيصير الوزن الذي هو فعل المتعاقدين من شرط جواز العقد كالايجاب والقبول شرط انعقاد العقد فكما يفصل هناك بين المجلس وما بعده فكذلك يفصل هنا ثم الفصل موهوم والموهوم فيما يبنى على الاحتياط كالمحقق وتأثير الفضل في افساد العقد كتأثير عدم القبض وأقوى فكما أن ترك القبض حتى افتراقا مفسد لهذا العقد فكذلك توهم الفضل بترك الوزن حتى افتراقا يكون مفسدا وان اشترى سيفاً محلي بفضة بدرهم بأكثر مما فيه ثم تفرقا قبل التقايض فسد البيع كله لأنه شيء واحد لا يتبعض معناه ان العقد فسد في حصة الحلية بترك التقايض ولا يمكن ابقاؤه صحيحاً في حصة الجفن والحائل كما لا يجوز ابتداء البيع في الجفن والحائل والنصل دون الفضة فان قبض السيف ونقد من الثمن حصة الحلية في المجلس جاز لأن قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن والحائل غير مستحق فيصرف المقبوض الى ما كان القبض فيه مستحقاً لان ما ليس بمستحق لا يعارض المستحق واذا انصرف اليه فانما وجد الافتراق بعد التقايض فيما هو صرف وكذلك ان أجر البقية الى أجل معلوم فهو جائز لأنه ثمن مبيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فيصح التأجيل فيه واذا اشترى عشرة دراهم بدينار فتقايضا ثم وجد فيها درهما ستوقاً أو رصاصاً فان كانا لم يتفرقا استبدله لان المقبوض ليس من جنس حقه فكانه لم يقبضه أصلاً وتأخير القبض الى آخر المجلس لا يصير وان كانا قد افترقا فليس له أن يتجاوز به لأن الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم فيكون مستبدلاً به لا مستوفياً ولكن يردده وكان شريكاً في الدينار بحصته لانه تبين أنه كان قبض في المجلس تسعة دراهم ولم يقبض درهما حتى افتراقا طمن عيسى في هذا اللفظ فقال قوله كان شريكاً في الدينار بحصته غلط والصحيح انه شريك في مثل ذلك الدينار بالشر لان النقود عندنا لا تميز في العقود والفسوخ ألا ترى انهما بعد التقايض لو

تفاسخا العقد لم يجب على واحد منهما رد المقبوض من النقد بعينه ولكن ان شاء رده وان شاء
رد مثله فكذلك هنا لا يصير شريكا في عين ذلك الدينار وانما له عشر الدينار دينا في ذمته
الا أن يتراضيا على أن يرد عليه عشر ذلك الدينار ولكن ماذا كره في الكتاب أصبح لان
بالافتراق قبل القبض يفسد العقد من الأصل لوجود شرط الفساد وهو الدينية لان الدين
بالدين حرام ولكن اذا وجد القبض في المجلس جعل كالموجود عند العقد فاذا لم يوجد كان
العقد فاسدا من أصله فتبين أن حصته من الدينار مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب رده بعينه
لان وجوب الرد من حكم القبض هنا لا من حكم العقد والنقود تتعين بالقبض كما في القبض
بحكم الهبة واذا اشترى الرجل من الرجل ألف درهم بمائة دينار وليس عند كل واحد منهما
درهم ولا دينار ثم استقرض كل واحد منهما مثل ماسمى ودفعه الى صاحبه قبل أن يتفرقا
جاز لان كل واحد منهما يلتزم المسمى في ذمته بالعقد وذمته صالحة للالتزام فصح العقد
ثم الشرط التقابض قبل الافتراق وقد وجد وقال ولا يشبه هذا العروض والحيوان وحقيقة
المعنى في الفرق أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا وحكم البيع في المبيع وجوب الملك والتسليم فما لم
يكن موجودا في ملكه لا يمكن اثبات حكم البيع فيه وإضافة السبب الى محل لا يفيد حكمه
لا يجوز وأما النقود فستحقة بالعقد ثمنا وحكم العقد في الثمن وجوبه ووجوده به مما وذلك
متحقق بالذمة الصالحة للالتزام وان لم يكن موجودا في ملكه عينا فلماذا كان العقد صحيحا
قال وليس هذا مثل بيع الرجل ماليس عنده لان الدراهم والدنانير ثمن وهو اشارة الى
ما بينا وفيه بيان أيضا أن المنهى عنه بيع ماليس عند الانسان فالبيع محله المبيع وذلك في السلع
دون الاثمان فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة
وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب وليس ذلك عند واحد منهما
ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه الى صاحبه فهو جائز لان الذهب والفضة ثمن بأصل
الخلقة فالتبر والمضروب في كونه ثمنا سواء وهذا إذا كان التبر يروج بين الناس رواج
النقود وقد بينا الكلام في الشركة بالتبر في كتاب الشركة ولو اشترى اناء مصوغا أو قلب
فضة بذهب أو بفضة تبر ثم استحق الاناء أو القلب بطل البيع وان كانا في المجلس بخلاف
الدراهم والدنانير فانها اذا استحققت قبل الفرقة فعليه أن يعطى مشتريها مثلها ولا يبطل
الصرف لأن القلب يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فباستحقاق المقبوض من

الدرهم والدنانير ينعدم القبض وترك القبض الى آخر المجلس لا يضر أما استحقاق القبض فينعدم بتسليم المعقود عليه وذلك مبطل للعقد ألا ترى أن حكم العقد في القاب وجوب الملك ولهذا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد وقدرته على التسليم فعرنا أنه مبيع فباستحقاقه يبطل البيع بخلاف النقود على ما بينه وهذا إذا لم يحز المستحق العقد أما إذا أجاز له العقد لأن الإجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وعن أبي يوسف قال ان قال المستحق أثبت ملكي لأجير العقد فله أن يجيزه وان لم يقل ذلك فاستحقاقه ابطال منه للبيع لأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بملك متقرر وذلك مناف لسبب الإزالة فليس له أن يجيز العقد بعد ذلك والنقود لا تعين في عقود المعارضات بالتعيين عندنا ويتعين عند زفر والشافعي حتى لو اشترى شيئاً بدينار معين فخبسها وأعطى البائع مثلاً فليس له أن يأتي ذلك عندنا ولو هلكت تلك الدراهم أو استحققت لا يبطل البيع عندنا ويبطل عند زفر والشافعي رحمهما الله لأن هذا تصرف صدر من أهله في محله فيصح به التعيين كما في السلع وهذا بدل في عقد معاوضة فيتمتع بالتعيين كالمبيع وبيان الوصف ان النقود تملك أعيانها وموجب عقد المعاوضة الملك فيما يملك عينه من المال فيكون محلاً لموجب العقد وكان هذا التعيين مصادفاً لمحله والدليل عليه أن النقود تعين بالقبض حتى ان الغاصب لو أراد حبس الدراهم المنصوبة ورد مثلاً لم يكن له ذلك وكذلك في الهبة تعين حتى يكون للواهب الرجوع في عينها وفي الصدقة والوصية كذلك وكذلك في عقود المعاوضات وهذا لأن في التعيين فائدة لهما أما للبائع فإنه اذا ملك العين كان أحق به من سائر غرماء المشتري بعد موته ولا يملك المشتري ابطال حقه بالتصرف فيه وربما يكون ذلك من كسب حلال فيرغب فيه ما لا يرغب في غيره وأما منفعة المشتري فمن حيث أنه لا يطالب بشيء آخر اذا هلكت تلك العين في يده وان تكون ذمته خالية عن الدين وبهذا الطريق تعين الدراهم في الوكالة حتى لو دفع اليه الدراهم ليشتري بها شيئاً فملك بطلت الوكالة ويتعين في النذر أيضاً والدليل على أنها تعين في البيع أن الغاصب اذا اشترى بالدراهم المنصوبة بعينها طعاماً ونقدها لا يباح له تناولها ولو لم تعين لحل له ذلك كما لو اشترى بدينار مطلق ثم نقد تلك الدراهم وقال في الجامع اذا قال ان بعت هذا العبد بهذا الألف وبهذا الكر فيهما صدقة فباعه بهما يلزمه التصديق بالكر فلو لم تعين تلك الدراهم لما لزمه التصديق كما لو باعه بألف مرسلة وبذلك الكر ولاجل هذه المسئلة كان الكر خي يقول

النقود تتين في العقود جوازا لاستحقاقا حتى لا يملك عنها بالعقد ولهذا لا يلزمه التصديق بالدرهم وتعتبر بعينها حتى يتصدق بالكر وحجتنا في ذلك أن الاستبدال بالنقود قبل القبض يجوز وإن عينت ولو تعينت حتى ملك عنها اصاب قبضها مستحقا وفي الاستبدال تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز ذلك كما في السلم ولو كان العقد يبطل بهلاكها بعد التعيين لم يجز الصرف فيها قبل القبض لبقاء الغرر في الملك المطلق للتصرف كما في السلم فإن منع الشافعي هذا الفصل يستدل بحديث ابن عمر رضى الله عنهما حيث قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم انا نبيع الابل بالبيع فربما نبيعها بالدرهم وتأخذ مكانها دنانير فقال صلى الله عليه وسلم لا بأس اذا افترقا وما وليس بينكما عمل ولم يستفسره أنهم يبيعون بالدرهم المعينة أو غير المعينة وفيه طريقان من حيث المعنى أحدهما أن تعين النقد غير مفيد فيما هو المقصود بالعقد فيكون لغوا كتعيين الصنجات والمكيل وهذا لانه انما يراعى في العقد ما يكون مفيد ألا ترى أن أصل العقد اذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فكذلك الشرط في العقد وبيان الوصف ان التعيين لا يفيد جواز العقد فان العقد جائز بتسمية الدرهم المطلقة من غير تعيين والمقصود بالعقد الربح وذلك بقدر الدرهم لابعينها وليس في غير الدرهم والدنانير مقصود انما المقصود المالية وما وراء ذلك هي والاحجار سواء والمالية باعتبار الرواج في الأسواق ومثلها وعينها لا يختلف في هذا المعنى ففرقنا أن التعيين غير مفيد فيما هو المطلوب بالعقد وبه فارق المكيل والموزون فالتعيين هناك مفيد لجواز العقد لان بدون التعيين لا يجوز العقد الا بذكر الوصف وربما يعجز عن اعلام الوصف فيسقط ذلك عن نفسه بالتعيين ولان أعيانها مقصودة وهي تتفاوت في الربح فكان تعيينها مفيدا في الجملة اما ما ذكر من الفوائد فليس من مقاصد العقد وانما يطلب فائدة التعيين فيما هو المقصود بالعقد وفيما هو المقصود وهو ملك المال الدين أو كل من العين لأن بدون التعيين لا ينتقد العقد وبالتعيين ينتقض فانه اذا استحق المعنى أو هلك بطل ملكه فيه واذا ثبت دين في الذمة لا يتصور هلاكه ولا بطلان الملك فيه بالاستحقاق والطريق الآخر وهو أن التعيين لو اعتبر في النقد يبطل به العقد وبالإجماع العقد صحيح ففرقنا أن التعيين لغو وبيان هذا من وجهين أحدهما وهو أن النقود لا تستحق في عقود المعاوضات الا ثمننا والتمن ما يكون في الذمة كما قاله الفراء فاذا اعتبر ثبوت التعيين امنع ثبوت المسمى في الذمة ثمننا وذلك ينافي موجب العقد فيكون مبطلا للعقد والثاني وهو أن حكم العقد في الثمن وجوبه

ووجوده معاً بالعقد بخلاف السلم فحكم المقديها وجوب الملك للمشتري فيما كان مملوكا للبائع ولهذا يشترط للعقد على السلم قيامها في ملك البائع الا في موضع الرخصة وهو السلم فلا يشترط ذلك في السلم حتى يجوز الشراء بثمن ليس عنده من غير ضرورة ولا تعين الا في موضع الرخصة وهو السلم فهناك يتعين بالقبض دون التعيين حتى لو افتراقا بعد تعيين رأس المال قبل القبض لا يجوز ولا ينجر ذلك النقص بقبض ما يقابله في المجلس وهو المسلم فيه فعرفنا أن تعين الدراهم هناك بالقبض باعتبار الضرورة وان ذلك لا يثبت بالتعيين فكذلك في باب الصرف بعد التعيين من الجانبين يطل بالافتراق قبل القبض وأظهر من هذا كله جواز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض بخلاف المبيع عينا كان أو دينا فكان التعيين في الثمن ابطالا لحكمه وجعل لما هو الحكم شرطا وهذا تفسير محض فيكون مبطالا للعقد وبالإجماع العقد صحيح فعرفنا أن التعيين لتو وبهذا ظهر الجواب عن قوله ان التعيين يصرف في محله والفرق بين الثمن والسلعة واعتبار العقد بالقبض ساقط لان القبض لا يرد الا على العين فكان التعيين ركنا فيه والعقد لا يرد على الثمن انما يجب الثمن بالعقد ولا يتحقق ذلك الا اذا كان دينا في الذمة وفي الوكالة عندنا لا يتعين حتى لو اشترى الوكيل بمثل تلك الدراهم في ذمته كان مشتريا للموكل ولو هلك بعد الشراء رجع على الموكل بمثلها اما قبل الشراء اذا هلكت فانما بطلت الوكالة عندنا لانها غير لازمة في نفسها للموكل لم يرض بكون الثمن في ذمته عند الشراء فلو بقيت الوكالة لاستوجب اوكيل بالشراء الدين في ذمة الموكل وهو لم يرض به وفي مسألة الشراء بالدراهم المنصوب لا تعين تلك الدراهم حتى لو أخذها المنصوب منه كان على الغاصب مثاها دينا ولكنه استعان في العقد والنقد بما هو حرام فيمكن فيه الخبث فلهذا لا يحل له تناوله وفي مسألة الجامع لم تعين الدراهم أيضا بدليل انه لا يلزمه التصديق بها ولكنه لما أضاف النذر اليهما مع ان الدراهم لا تعين في عقود المعاوضات صار تقدير كلامه كانه قال ان سميت هذه الدراهم وهذا الكر في بيع هذا العبد فهما صدقة وقد وجد ذلك وملك الكر بنفس العقد والشروط في الاثمان تعتبر بحسب الامكان قال واذا اشترى الرجل ألف درهم بعينها بمائة دينار والدراهم بيض فأعطاه مكانها سودا ورضى بها البائع جاز ذلك لان هذا ليس باستبدال والسود والبيض من الدراهم جنس واحد وانما أبرأه عن الصفة حتى يجوز بالسود فكان مستوفيا بهذا الطريق لا مستبدلا ومراده من السود المضروب

من النقرة السوداء الا الدراهم التجارية حتى انه لو باع دينارا بدراهم بيض وقبض مكان
الدراهم البيض التجارية فانه لا يجوز لانه يكون استبدالا لاختلاف الجنس وكذلك لو قبض
الدراهم فأراد أن يعطيه ضرباً آخر من الدنانير سوى ماعينه لم يحز ذلك إلا برضاه فان رضى به
كان مستوفياً لاستبداله لكون الجنس واحداً وقد بينا ان ماعينه لم يتعين وانما استوجب
كل واحد منهما في ذمة صاحبه مثل المسمى وقيل هذا اذا اعطاه ضرباً هو دون المسمى
فان اعطاه ضرباً هو فوق المسمى فلا حاجة الى رضا مشتري الدنانير به لانه أوفاه حقه وزيادة
الاعلى قول زفر فانه يقول هو متبرع عليه بزيادة صفة فله أن لا يقبل تبرعه وقد بينا هذا
في السلم ولو اشترى ألف درهم بمائة دينار ولم يسم كل واحد منهما شيئاً فلكل واحد منهما
تقداً للناس في ذلك البلد لان المتعارف فيما بين الناس هي المعاملة بالنقد الغالب واليه ينصرف
مطلق التسمية والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص يقول واذا كان بالكوفة فهو على دنانير كوفية
لان الدراهم والدنانير في البلدان تختلف وتفاوت في العيار والظاهر أن في كل بلدة انما
يتصرف الا انسان بما هو النقد المعروف فيها فاذا كان ببلد نقد مختلف متفاضل فالبيع فاسد
إلا أن يسمى ضرباً من ذلك معلوماً والضرب المعلوم أن يذكر من الدينار نيسابورياً أو كوفياً
ونحوه ومن الدراهم عطر بئناً أو مؤيدياً ونحوه اذا كانت النقود في لرواج سواء لانه لا يمكن
ترجيح بعضه عند اطلاق التسمية فيبقى المسمى مجهولاً وهذه الجمالة تفضي الى المنازعة فالمطالب
يطالب بأعلى النقود والمطلوب بأدنى النقود وكل واحد منهما يحتج بمطلق التسمية فلهذا فسد
العقد إذا لم يسميا ضرباً معلوماً وان كان نقداً من ذلك معروفاً وشرطاً في العقد نقداً آخر
فالعقد ينقذ على النقد المشروط لان تعيين النقد الغالب بالعرف ويسقط اعتبار العرف عند
التعويض بخلافه ألا ترى ان تقديم المائدة بين يدي الانسان اذن بالتناول للعرف ثم يسقط
اعتباره اذا قال لا تأكل فان اختلفا فقال أحدهما شرطت لى كذا لشيء أفضل من النقد
المعروف وقال الآخر لم اشترط لك ذلك فليهما الثمن لان اختلافهما في صفة الثمن كاختلافهما
في مقداره لان الثمن دين والدين يعرف بصفته والجيد منه غير الرديء حتى اذا حضرا كان
أحدهما غير الآخر واختلاف المتبايعين في الثمن يوجب التحالف بالنص فأيهما نكل لزمه
دعوى صاحبه لان نكوله كإقراره وان تحالفاً ترادوا وان قامت لهما البيئة أخذت بيئة الذي
يدعي الفضل منهما لاثبات الزيادة فيها قال واذا ابتاع الرجل سيفاً محلي بفضة بعشرة دنانير

فقبض السيف ولم ينقد الدنانير لم يتفرقا حتى باع المشتري السيف من آخر وقبضه المشتري الآخر ولم ينقد الثمن حتى ائتروا فانه يرد السيف الى المشتري الاول لان كل واحد من العقدين صرف فيعطى بالافتراق قبل القبض وذا بطل العقد الثاني رجع السيف الى المشتري الاول على الملك الذي كان له قبل البيع وقد فسد ثراؤه بالافتراق أيضا فازمه رد المقبوض الى البائع ولو لم يفارق الآخر الاوسط حتى فارق الاول ثم نقده الآخر جاز بيع الاوسط في السيف لانه باعه بعدم تمام ملكه بعد القبض وقد تم العقد الثاني بالتقبض قبل الافتراق وفسد العقد الاول فوجب على الاوسط رد السيف وقد عجز عن رده باخراجه عن ملكه فيضمن قيمته للبائع وان فارقه الاول ثم ان الاوسط باع السيف من الآخر جاز بيعه أيضا لان العقد وان فسد بالافتراق فقد بقي ملكه ببقاء القبض لان فساد السبب لا يمنع ابتداء الملك عند القبض فلا يمنع بناؤه بطريق الأولى ثم بتقرر بيعه عجز عن رده فيكون ضامنا قيمة السيف لصاحبه وان باع الاوسط نصف السيف ثم فارقه الاول ثم قبض من الآخر الثمن ودفع اليه نصف السيف أو لم يدفع حتى جاء الاول وخاصهم فانه يدفع الى الاول نصفه لان ملكه باق في نصف السيف وقد فسد السبب فيه فعليه رده وقد جاز البيع في نصفه فيضمن الاوسط نصف قيمة السيف للأول من الذهب كيلا يؤدي الى الربا اذا ضمن قيمته من الدراهم * قال واذا اشترى ألف درهم بمائة دينار فنقد الدنانير وقال الآخر اجعل الدراهم قصاصاً بالدراهم التي لي عليك فهو جائز وان أبي لم يجز على ذلك ولم يكن قصاصا والحاصل أن المقاصة بدل الصرف بدین سبق وجوبه على عقد الصرف يجوز عندنا استحسانا اذا اتفقا عليه وفي القياس لا تجوز وهو قول زفر لان بالعقد المطلق يصير قبض البدلين في المجلس مستحقا وفي المقاصة تفويت القبض المستحق بالعقد فلا يجوز بتراضيهما كما لا يجوز الإبراء عن بدل الصرف والاستبدال به وهذا لان في المقاصة يكون آخر الدينين قضاء عن أولهما ولا يكون أولهما قضاء عن آخرهما لان القضاء يتلو الوجوب ولا يسبقه فلو جوزنا هذه المقاصة صار قاضيا ببطل الصرف الدين الذي كان واجبا وبطل الصرف يجب قبضه ولا يجوز قضاء دين آخر به والدليل عليه رأس مال السلم فانهما لو جملاه قصاصا بدین سبق وجوبه لم يجز فكذلك بدل الصرف لان كل واحد منهما دين مستحق قبضه في المجلس ووجه الاستحسان أنهما لما اتفقا على المقاصة فقد حولا عقد الصرف الى ذلك الدين ولو أضافا العقد

اليه في الابتداء جاز بأن يشتري بال عشرة التي عليه ديناراً ويقبض الدينار في المجلس فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء لانهما قصد تصحيح هذه المقاصة فلا طريق له سوى هذا وما لا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصود الكل واحد ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة وان كان في سائر الديون المقاصة تقع بدون التراضي لان هذا تحويل العقد الى ذلك الدين والعقد قد تم بهما فالصرف به بالتحويل لا يكون الا بتراضيهما وعند التراضي العقد القائم بينهما حقهما ويملكان استدامته ورفعهما فيملكان التصرف فيه بالتحويل من محل الى محل وهذا خير مما يقوله الرافعيون رحمهم الله ان عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا العقد الاول ثم جداه مضافا الى ذلك الدين لانه لو كان الطريق هذا لم يجز لانه بلا قالة يصير رد المقبوض مستحقا في المجلس والدليل عليه أنهما لو جملا بدل الصرف قصاصا بدين تأخر وجوبه عن عقد الصرف لا يجوز في ظاهر الرواية ولو كان التصحيح بطرق الفسخ للعقد الاول لجاز والدين المتقدم والمتأخر في ذلك سواء وانما الفرق بينهما على الطريق الاول أنهما يملكان تحويل العقد الى ما كان يصلح منهما اضافة العقد اليه في الابتداء وذلك في الدين الذي سبق وجوبه على عقد الصرف دون متأخر وجوبه عنه وأشار في الزيادات الى ان المقاصة أيضا تقع بالدين المتأخر عن عقد الصرف وذكر في رواية أبي سليمان مثل ما ذكر في الزيادات ولكن المعتمد هو الاول وبهذا فارق رأس مال السلم فانهما لو اضافا عقد السلم الى رأس مال هو دين على المسلم اليه لم يجز ذلك اذا افترقا قبل قبض رأس المال فكذلك اذا حولا العقد اليه في الانتهاء بخلاف عقد الصرف وهذا لأن ما يقابل رأس المال هناك دين وبالمقاصة لا يتعين رأس المال فيكون ديناً بدين وهنا ما يقابل الدين غير مقبوض في المجلس والافتراق عن عين بدين جائز فان أدى بعض الدراهم ثم فارقته قبل أن يؤدي البقية انتقص من الصرف بقدر ما بقي اعتبارا للبعض بالكل والفساد لمعنى طارىء في بعض العقد لا يعمد الى ما بقي ولو وكل أحدهما وكيلًا بالدفع والقبض جاز بعد أن يقبض الوكيل قبل أن يفترق المتعاقدان ولا معتبر بذهاب الوكيل لان القبض من حقوق العقد فيتعلق بالمتعاقدين وفعل وكيل أحدهما له كفعله بنفسه وليس لواحد منهما أن يشتري من صاحبه شيئاً بشمن الصرف قبل أن يقبضه لما في الاستبدال من تفويت القبض المستحق بالمتد في المجلس ولان القبض معتبر التعيين ولا يحصل ذلك فيما يتناوله عمده الصرف بطريق الاستبدال

وكذلك لا يشتري به من غيره شيئا لان التصرف في الدين مع من عليه اقرب الى النقود منه مع غيره فاذا لم يجوز الاستبدال ببديل الصرف مع من عليه الدين فمع غيره من عليه الدين أولى أن لا يجوز. واذا اشترى ابريق فضة وزنه ألف درهم بألف درهم ونقد خمسمائة وقبض ابريق ثم افترقا فانه يلزم نصف ابريق ويبطل نصفه اعتباراً للبعض بالكل ولا يتخير في الرد بسبب عيب التبويض لانه حصل بفعله حين لم يشق بعض البديل بخلاف ما اذا استحق نصف ابريق فانه يتخير فيما بقي منه لان التبويض في الاملاك المجتمعة عيب فان تقاسما قبل الافتراق ثم وجد بالابريق عيب كثيراً أو هشيماً غير نافذ فله أن يرد به بالعيب لانه بمطلق العقد استحق صفة السلامة وقد فات ذلك بوجود العيب والقلب والطوق والمنطقة والسيف المحلى بمنزلة ابريق في جميع ما ذكرنا وان كان حين وجد العيب بالابريق لم يرد حتى انكسر عنده لم يستطع رده لانه بالرد يدفع الضرر عن نفسه وليس له أن يلحق الضرر بالبائع وفي الرد بعد حدوث العيب الحاق الضرر به ولا يرجع بنقصان العيب أيضاً لان نقصان العيب من الثمن فاذا رجع به يصير العقد ربا لانه يبقى بمقابلة ابريق أقل من وزنه من الفضة الا أن يكون الثمن دنانير فيرجع بنقصان العيب لانه لا ربا عند اختلاف الجنس وان لم يجد به عيباً ولكنه استحق نصفه ولم يرد النصف الباقي على البائع حتى انكسر ابريق لزمه النصف الباقي بالعيب الحادث عنده فيه ورجع نصف الثمن لأن العقد في النصف المستحق قد بطل . واذا اشترى الرجل عشرة دراهم بدينار ونقده الدينار ثم اشترى منه ثوباً بعشرة دراهم فراضياً على أن تكون العشرة قصاصاً ببديل الصرف لا يجوز لان هذا دين تأخر وجوبه عن عقد الصرف ولانه في معنى الاستبدال وان استقرض عشرة دراهم من بائع الدينار ثم قضاها اياه بعد ما قبضها جاز ذلك لان المقرض صار مملوكاً له بالقبض وصار كسائر أمواله فهو كما لو استقرض من غيره سواء لان الافتراق عن مجلس عقد الصرف قد حصل بعد قبض البدين وانما الباقي لاحدهما على صاحبه بدل القرض واذا اشترى عشرة دراهم بدينار وتقاضاها الا درهما واحداً بقي من العشرة فاراد الذي اشترى منه الدراهم أن يأخذ منه عشر الدينار حين لم يكن عند الآخر درهم فله ذلك لان العقد فسد في عشر الدينار بالافتراق قبل قبض الدرهم وهذه مطعونة عيسى وقد بينها فان اشترى منه بعشر الدينار فلوساً أو عرضاً مسمى جاز لان عقد الصرف لما فسد فيه بقي ملكاً له في يد صاحبه أو ديناً له على صاحبه واجبا بسبب القبض دون عقد

الصرف فيجوز الاستبدال به كبديل القرض وان كان قبل الافتراق فالدرهم مستحق له بمقد الصرف والاستبدال ببديل الصرف قبل القبض لا يجوز . واذا كان لرجل على رجل الف درهم من قرض أو غيره فباع دينه من رجل آخر بمائة دينار وقبض الدنانير لم يجز وعليه ان يرد الدنانير لان البيع لا يرد الا على مال متقوم وما في ذمة زيد لا يكون ما لا متقوما في حق عمرو فلا يجوز بيعه منه ولان البائع لا يقدر على تسليمه حتى يستوفى ولا يدري متى يستوفى وهذا على قول من يقول النقد المضاف اليه يتعين في العقد وكذلك بيع الدين من غير من عليه الدين والشراء بالدين من غير من عليه الدين سواء كل ذلك باطل وعلى قول زفر الشراء بالدين من غير من عليه الدين صحيح كما يصح بمن عليه الدين لان الشراء لا يتعلق بالدين المضاف اليه الا ترى انه لو اشترى بالدين المظنون شيئا ثم تصادقا على ان لا دين كان الشراء صحيحا بمثل ذلك الثمن في ذمته فكذلك هنا يصح الشراء بمثل ذلك الدين في ذمة المشتري وهذا لانه اذا اُضيف العقد الى عين فانه انما يتعين ذلك لتتيمم الملك فيه ولا يحصل هذا المقصود عند اضافة الشراء الى الدين ولكننا نقول ملك الدين من غير من عليه الدين بالبديل واذا ملك بغير بدل لم يجز فاذا ملكه ببدل اولى ثم للفساد هنا طريقتان أحدهما أنه باضافة الشراء الى ذلك الدين يصير كأنه شرط لنفسه الاجل الى ان يخرج ذلك الدين فيتمكن من أداء الثمن ولا يدري متى يخرج وشرط الاجل المجهول مفسد للبيع والثاني انه شرط أن يكون ثمن المشتري في ذمة غير المشتري مستحقا بالشراء وذلك لا يجوز وبه فارق ما اذا اشترى بالدين ممن عليه أو اشترى بالدين المظنون شيئا واذا كانت الدراهم أو الدنانير ودية عند رجل فباع الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وتقابضا فجاء صاحبها فأخذها من البائع فان كانا لم يتفرقا كان له عليه مثلها لان المقبوض استحق فكأنهما لم يتقابضا الى آخر المجلس وانما العقد بمثل ما عينه ديناً في ذمته وان كانا قد افترقا يبطل الصرف اذا أخذها المستحق لانتقاص القبض بالاستحقاق من الأصل وان لم يقبضها المستحق ولكنه أجاز البيع جاز ذلك عندنا وكان له مثلها على المودع وقال زفر الصرف باطل لأن الافتراق حصل قبل الملك فان المستحق لا يملك قبل الاجازة وقبل تمام القبض فان الموقوف لا يكون تاما فلا ينفذ العقد بعد ذلك بالاجازة كما لو افترقا ولا أحدهما شرط خيار ثم أسقط الخيار ولكننا نقول افترقا بعد تمام السبب وبعد تمام القبض لان العقد الموقوف سبب ملك تام

فالقَبْضُ الذي ينبغي عليه يكون تاماً أيضاً وإنما فيه خيار حكيم للمستحق وذلك لا يمنع تمام العقد والقَبْضُ كخيار الرؤية والعيب فإذا أسقط هذا الخيار بالأجازة تبين أن الافتراق حصل عن قبض تام فالأجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء بخلاف شرط الخيار فإنه يجعل العقد في حق الحكم كالمعلق بالشرط على ما بينه في بابه إن شاء الله وإن كانت الوديعة إبريق فضة فباعه بمائة دينار وتقابضاً فأجاز صاحبه البيع كان الثمن له لأن المودع هنا بائع الإبريق فإنه بمنزلة العروض ومن باع ملك المير بغير أمره فأجاز صاحبه كان الثمن له وفي الأول المودع يشتري الدينارين لنفسه بالدرهم ثم تقدم درهم الوديعة ديناً عليه فكان مستقرضاً فإذا أجاز صاحبه كان له عليه مثل دراهمه وإن اشترى رجل عشرة دراهم وديناراً بائناً عشر درهما فهو جائز عندنا على أن تكون العشرة بالعشرة وأنفضل بالدينار ولو اشترى ديناراً أو درهما بدينارين أو درهمين فهو جائز عندنا استحساناً على أن يصرف الجنس إلى خلاف الجنس وقد بيناه في السلم والله أعلم

باب الخيار في الصرف

قال وإذا اشترى الرجل من الرجل أرب درهم بمائة دينار واشترط الخيار فيه يوماً فإن بطل الخيار قبل أن يتفرقا جاز البيع وإن تفرقا قبل أن يبطله وقد تقابضاً فالبيع فاسد لأنهما تفرقا قبل تمام القبض وهذا لأن الخيار يدخل على حكم العقد فيجعله متعلقاً بالشرط. لأن قوله على أني بالخيار شرط ولا يمكن ادخاله على نفس السبب فالبيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيجعل داخلاً على الحكم ولو دخل على السبب كان داخلاً على الحكم أيضاً ومعنى القرار أن ادخاله على الحكم دون السبب أقل والقبض من حكم العقد والحكم المتعلق بالشرط معدوم قبله فإذا سقط الخيار قبل أن يتفرقا فاعماً افتراقاً بعد قبض تام وإذا افتراقاً قبل إسقاط الخيار فاعماً افتراقاً قبل تمام القبض وهذا بناء على أصلنا أن الفساد إذا زال قبل تقريره يصير كأنه لم يكن خلافاً لغير وقد بيناه في البيع وكذلك إن كان الخيار للبائع أو لها طالت المدة أو قصرت وكذلك الإناء بالمصوغ والسيوف المحلى والطوق من الذهب فيه لؤلؤ وجوهر لا يتخلص إلا بكسر الطوق لأن العقد في حصة الطوق يفسد بشرط الخيار فيفسد في الكل لأنه لا ينفصل البعض عن البعض في التسليم إلا بضرر فاما الإلجام الموموماً أشبهه فإن شرط

الخيار في بيعه صحيح لان التوبة لا يتخاص ولا يكون العقد باعتباره صرفا واشتراط الخيار فيما سوى الصرف والسلم من البيوع صحيح * واذا اشترى جارية وطوق ذهب فيه خمسون دينارا بالف درهم واشتراط الخيار فيها يوما فالعقد فاسد كله عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية بحصتها من الثمن لان فساد العقد عندهما في بعض ما تناوله العقد لا يتعدى الى ما بقي بل يقتصر على ما وجد فيه العلة المفسدة وعند أبي حنيفة يتعدى الى ما بقي لان قبول العقد فيما فسد فيه العقد شرط لقبوله فيما بقي وهذا شرط فاسد وقد بينا هذا لاصل في البيوع وهما يفرقان بين هذا والاول فيقولان هناك يتمذر تصحيح العقد في حصة المبيع لما في تميز البعض من البعض من الضرر ولا يوجد ذلك هنا لانه لا ضرر في تميز الجارية من الطوق في التسليم وكذلك لو اشترى بمائة دينار وشرط الاجل فاشترط الاجل هنا كاشتراط الخيار وأبو حنيفة فرق بين هذا وبين ما اذا ترك التقابض حتى افرقا فانه يبطل العقد في حصة الطوق دون الجارية لان المقيد هناك طارئ وقد وجد في البعض وهو حصة الصرف فلا يتعدى الى ما بقي وعند اشتراط الخيار أو الاجل المفسد مقارن للعقد وقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض يكون شرطا لقبوله في الباقي وان اشترى بمخططة أو عرض واشتراط الخيار فهو جائز لان العقد بينهما بيع وليس بصرف وكذلك لو اشترى رطلا من نحاس بدرهم واشتراط الخيار فيه فهو جائز لانه ليس بصرف والخيار جائز في كل ما ليس بصرف يعني كل بيع لا يشترط فيه القبض في المجلس فالصرف مبادلة الاثمان بمضاهي بعض اتفق الجنس أو اختلف وقد بينا هذا والله أعلم

باب البيع بالفلوس

واذا اشترى الرجل فلوسا بدراهم وتقد الثمن ولم تكن الفلوس عند البائع فالبيع جائز لأن الفلوس الرأبضة ثمن كالنقود وقد بينا ان حكم العقد في الثمن وجوبها ووجودها معا ولا يشترط قبضها في ملك بائنها لصحة العقد كما لا يشترط ذلك في الدراهم والدنانير وان استقرض الفلوس من رجل ودفع اليه قبل الافتراق أو بعده فهو جائز اذا كان قد قبض الدراهم في المجلس لانهما قد افرقا عن عين بدين وذلك جائز في عين الصرف وانما يجب التقابض في الصرف بمقتضى اسم العقد وبيع الفلوس بالدراهم ليس بصرف وكذلك لو افرقا بعد قبض

الفلوس قبل قبض الدراهم وعلى ما ذكر ابن شجاع عن زفر رحمهما الله لا يجوز هذا العقد أصلاً لأن من أصل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتمين في العقد إذا عيئت وإذا كانت بغير عينها فإن لم يصحبها حرف الباء لا يجوز العقد لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان وإن صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض يجوز العقد لأنها ثمن وإن كان بمقابلتها النقد لا يجوز العقد لأنها تكون مبيعة إذا قابلها إلا لا يكون الاثماً أما عندنا فالفلوس الرائجة بمنزلة الاثماً لا اصطلاح الناس على كونها ثمن الأشياء فأنما يتعلق العقد بالقدر المسمى منها في الذمة ويكون ثمننا عين أو لم يمين كما في الدراهم والدنانير وإن لم يتقابضاً حتى افتراقاً بطل العقد لأنه دين بدين والدين بالدين لا يكون عقداً بعد الافتراق وذكر في الاملاء عن محمد لو اشترى مائة فلس بدرهم على أنهما بالخيار وتفرقا بعد القبض فالبيع باطل لأن العقد لا يتم مع اشتراط الخيار فكأنهما تفرقا قبل التقابض وإذا كان الخيار مشروطاً لأحدهما فتفرقا بعد التقابض فالبيع جائز لأن التسليم يتم ممن لم يشترط الخيار في البديل الذي من جانبه وقبض أحد البديلين هنا يكفي بخلاف الصرف ولكن هذا التفريع إنما يستقيم على قول من يقول المشروط له الخيار يملك عرض صاحبه أما عند أبي حنيفة فالمشروط له الخيار كما لا يملك عليه البديل الذي من جانبه لا يملك البديل الذي من جانب صاحبه فاشتراط الخيار لأحدهما يمنع تمام القبض فيهما جميعاً وإن اشترى خاتم فضة أو خاتم ذهب فيه فص أو ليس فيه فص بكذا وسواً وليست الفلوس عنده فهو جائز أن تقابضاً قبل التفرق أو لم يتقابضاً لأن هذا بيع وليس بصرف فأنما افتراقاً عن عين يدين لأن الخاتم يتعين بالتمين بخلاف ما سبق فإن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتمين فلهذا شرط هناك قبض أحد البديلين في المجلس ولم يشترط هنا وكذلك ما اشترى من العروض بالفلوس لو اشترى بها فاكهة أو لحماً أو غير ذلك بمد أن يكون المبيع بعينه لأن الفلوس ثمن كالدرهم ولو اشترى عينا بدرهم جاز العقد وإن تفرقا قبل القبض فهذا مثله وسواء قال اشتريت مثل كذا فلماً بدرهم أو درهماً بكذا فلماً لأن الفلوس الرائجة ثمن كالنقد عندنا صحبها حرف الباء أو لم يصحبها وقيام المالك في الثمن عند العقد ليس بشرط وإن اشترى متاعاً بعشرة أفلس بعينها فله أن يعطى غيرها مما يجوز بين الناس وإن أعطاها بعينها فوجد فيها فلماً لا ينفق استبدله كما يستبدل الزيت في الدراهم لأنه مادام ثمننا فأنما يثبت في الذمة فلا يتعين بالتمين ثم ذكر بيع فلس بعينه بفلسين بأعيانها وقد تقدم بيان هذه الفصول في البيوع إلا

أنه هناك ذكر قول أبي يوسف رحمه الله وهذا ذكر قول أبي حنيفة رحمه الله وقول أبي يوسف وعلم
لها فقال لا يوزن منها انه مصنوع من النحاس لا يعتاد وزنه فيكون بمنزلة الاواني التي لا تباع وزنا
وبيع قومة بعينها بمقمتين بأعيانها يجوز فكذلك الفلوس واذا اشترى مائة فلس بدرهم فنقد
الدرهم وقبض من الفلوس خمسين وكسدت الفلوس بطل البيع في الحسنين النافقة لانها لو كسدت
قبل أن يقبض منها شيأ بطل العقد في الكل فكذلك اذا كسدت قبل أن يقبض بعضها اعتبارا
للبعض بالكل وعلى قول زفر اذا كانت معينة حتى جاز العقد لا يبطل العقد بالكساد لان العقد
يتناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهو مقدور التسليم ولكننا نقول العقد تناولها بصفة الثمينة
لما بينا انها مادامت راتجة فهي تثبت في الذمة ثمنا وبالكساد تنعدم منها صفة الثمينة ففي حصة مالم
يقبض انعدام أحد العوضين وذلك مفسد للعقد قبل القبض وكان صفة الثمينة في الفلوس
كصفة المالية في الاعيان ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصور ففسد العقد
فهذا مثله ثم يرد البائع النصف درهم الذي قبضه لفساد العقد فيه وللمشتري أن يشتري منه بذلك
النصف الدرهم ما أحب لانه دين له في ذمته وجب بسبب القبض فكان مثل بدل القرض ولو
لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت لم يفسد البيع لان صفة الثمينة قائمة في الفلوس وانما تعتبر
رغائب الناس فيها وبذلك لا يفوت البديل ولا يتعيب وللمشتري ما بقي من الفلوس ولا خيار له
في ذلك ولو اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باعها من آخر بدرهم لم يجوز لانه استحق
الفلوس دينا فانما باع الدين من غير من عليه وقد بينا أن المبادلة بالدين من غير من عليه لا
يجوز وكذا لو باع الآخر الدرهم قبل أن يقبضه من رجل بفلوس أو غيرها لم يجوز لهذا المعنى
قال واذا اشترى مائة فلس بدرهم فلم يقبضها حتى باع من رجل تسعين فلسا بدرهم ثم قبض
تلك الفلوس ونقد منها تسعين واستفصل عشرة فهو جائز مستقيم كما لو قبض المائة وهذا لانه
بالعقد الثاني يلتزم الفلوس في ذمته ولا يضيف العقد الى دين في ذمة غيره فيكون صحيحا والربح
انما يحصل له على ملكه وضمانه فيكون طيبا له وان اشترى فاكهة أو غيرها بدائق فلوس
أو بقرراط فلوس فهو جائز لان ذلك معلوم ولو اشترى شيئا من ذلك بدرهم فلوس كان
مثل ذلك في القياس وهو في الدرهم أخف ولم ينص على حكم الجواز والفساد هنا وروى
هشام عن محمد فيما دون الدرهم انه يجوز وان قال بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز وهو
اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري وعن أبي يوسف انه يجوز في الكل

وعند زفر لا يجوز ما لم يبين عدد الفلوس لان العقد لا يتعلق بالداق ولا بالدرهم وانما يتعلق بالفلوس فلا بد من أن تكون معلومة العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الداق والدرهم لان الناس قد يستقصون في بيع الفلوس وقد يتسامحون ولان الداق والدرهم ذكر للوزن والفلوس عددي فيلغو اعتبار ذكر الوزن فيه بنى ذكر الفلوس فلا يجوز العقد الا ببيان العدد ولا يحصل ذلك بتسمية الداق والدرهم وأبو يوسف يقول بذكر الداق والدرهم يصير عدد الفلوس معلوما لان قدر ما يوجد بالدرهم من الفلوس معلوم في السوق فتسمية الدرهم كتسمية ذاك العدد في الاعلام على وجه لا تمكن المنازعة فيه بينهما ومحمد يقول فيما دون الدرهم يكثر الاستعمال بين الناس للعبارة عما يوجد به من عدد الفلوس فيقام مقام تسمية ذلك العدد وفي الدرهم وما زاد على ذلك قلما يستعمل هذا اللفظ . يوضح الفرق أن الداق والداقين لا يكون معلوم الجنس الا بالاضافة وقد يكون ذلك من الذهب والفضة وغيرهما من الموزونات فانما يصير معلوما بذكر الفلوس فاقنا ذلك مقام تسمية العدد واما الدرهم فمعلوم بنفسه غير مضاف الى شيء فلا يجعل عبارة عن العدد من الفلوس قل هذا قال هو في الدرهم أخش **﴿ رجل ﴾** أعطى لرجل درهما فقال أعطنى بنصفه كذا فلما أعطنى بنصفه درهما صغيرا وزنه نصف درهم فهو جائز لانه جمع بين عقدين يصح كل واحد منهما بالانفراد **﴿ قال ﴾** فان افترقا قبل أن يقبض الفلوس والدرهم الصغير بطل في الدرهم الصغير لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم يبطل العقد في الفلوس لان العقد فيه بيع وان افترقا قبل قبض أحد البديلين ولم ينقد الثمن حتى افترقا بطل الكل لانهما افترقا عن دين بدين وان كان دفع اليه الدرهم وقال أعطنى بنصفه كذا فلما أعطنى بنصفه درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الا حجة في قياس قول أبي حنيفة يفسد البيع كله وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في الفلوس ويبطل في حصة الصرف لان العقد في الدرهم الصغير يفسد لمعنى الربا فان مقابلة نصف الدرهم بنصف درهم الا حجة يكون ربا وعند أبي حنيفة اذا فسد العقد في البض لمعنى الربا يفسد في الكل وقد بيناه في البيوع **﴿ قال ﴾** رضي الله عنه الأصح عندي ان العقد يجوز في حصة الفلوس عندهم جميعا على ما وضع عليه المسئلة في الأصل فانه قال وأعطنى بنصفه الباقي درهما واذا تكرر الاعطاء يثرق العقد به وفساد أحد العقدين لا يوجب فساد الآخر الا ترى أن على هذا الوضع لا يكون قبول العقد في أحدهما شرطا للقبول في الآخر

الا أن يكون وضع المسئلة على ما ذكر الحاكم في المختصر وفي النصف الباقي درهم صغير
 فينثذ يكون العقد واحداً لأنه لم يتكرر ما به يعقد العقد وهو قوله أعطى ولو قال أعطى كذا
 فلساً ودرهماً صغيراً وزنه نصف درهم الا قيراطاً كان جائزاً كله اذا تقابضا قبل أن يتفرقا
 لأنه قابل الدرهم هنا بما سعى من الفلوس ونصف درهم الا قيراط فيكون مثل وزن الدرهم
 الصغير من الدرهم بمقابله والباقي كله بازاء الفلوس* رجل باع درهما زائفا لا ينفق من رجل
 قد علم عيه بخمسة دوانيق فلس فهو جائز لان خمسة دوانيق فلس إسم لمائة فلس اذ كان كل
 عشرين بدائق وبيع الدرهم بمائة فلس صحيح وكذلك ان باعه بنصف درهم فلوس ودرهم
 صغير وزنه داتقان اذا تقابضا قبل التفرق لأنه يقابل الدرهم الصغير من الدرهم الزيف
 مثل وزنه والباقي كله بازاء الفلوس وان باعه اياه بخمسة دوانيق فضة أو بدرهم غير قيراط
 فضة لم يجز لأنه باع الفضة بالفضة متفاضلا في النهرجة والزيوف من جنس الفضة بخلاف
 الستوق ولو قال بمني بهذه الفضة كذا فلسا فهو جائز لانها نوعان مختلفان وان باعه اياه بخمسة
 أسداس درهم أو بنصف درهم لم يجز لان حقيقة ما سعى يقع على الفضة دون الفلوس وان
 كان قد يراد به الفلوس مجازا ولكن ذلك لا يثبت الا بالتصيص على الفلوس لان المجاز
 لا يعارض الحقيقة وعلى هذا لو اشترى شيئا بدائق أو بدائنين أو بنصف درهم فهذا كله
 يقع على الفضة إلا أن يقرن بكلامه ذكر الفلوس فينثذ تكون عبارة عن عدد من الفلوس
 مجازا وان اشترى بدرهم فلوسا وقبضها ولم ينقد الدرهم حتى كسدت الفلوس فالبيع جائز
 والدرهم دين عليه لان العقد في الفلوس قد انتهى بالقبض وصفة الدرهم لم تتغير بكساد الفلوس
 فبقى دينا على حاله وان نقد الدرهم ولم يقبض الفلوس حتى كسدت في القياس هو جائز أيضا
 لان بالكساد لا تتغير عينها ولا يتعذر تسليمها الا بالعقد وفي الاستحسان بطل العقد لفوات
 صفة الثمنية في الفلوس قبل القبض وعليه أن يرد الدرهم لأنه مقبوض في يده بسبب فاسد
 وكذلك لو اشترى فاكهة بالفلوس وقبض ما اشترى ثم كسدت الفلوس قبل أن يتقدها فالبيع
 ينتقض استحسانا لأنها تبدلت معنى حين خرجت عن أن تكون ثمننا وماليتها كانت بصفة
 الثمنية مادامت رائجة بفوتها نفوت المالية فهذا يبطل العقد ويرد ما قبضه ان كان قائما أو قيمته
 ان كان هالكا وبمض المتأخرين رحمهم الله يقول معنى قوله البيع ينتقض أنه يخرج من أن
 يكون لازما ويتخير البائع في تقضه لما عليه من الضرر عند كساد الفلوس وقد حصل ذلك

قبل قبضه فيخير اما أصل المالية فلا ينعدم بالكساد فيبقى العقد كذلك والأول أصح لان
 انعقاد هذا العقد لم يكن باعتبار مالية قائمة بعين الفلوس وانما كان باعتبار مالية قائمة بصفة الثمنية
 فيها وقد انعدم ذلك وعن أبي يوسف ان هنا البيع لا ينتقض بخلاف ما اذا اشترى بدرهم
 فلوساً لأن هناك بعد الكساد لا يجوز ابتداء ذلك العقد لانها بالكساد تصير مبيعة وبيع ما
 ليس عند الانسان لا يجوز وهنا ابتداء البيع بعد الكساد يجوز لان ما يقابلها من الفائدة
 مبيع فالفلوس الكاسدة بمقابلة المبيع يجوز أن يحمل ثمناً باعتبار انه عددي متقارب كالجوز
 وغيره وان اشترى فاكهة بدائق فلس والدائق عشرون فلساً فلم يرد الفلوس حتى غلت أو
 رخصت فعليه عشرون فلساً لأن بالغلاء والرخص لا ينعدم صفة الثمنية وصار هو عند العقد
 بتسمية الدوائق مسمياً ما يوجد به من الفلوس وذلك عشرون ولو صرح بذلك القدر لم
 يتغير العدد بعد ذلك بغلاء السعر ورخصه فهذا مثله . وان اشترى فلوساً بدرهم فوجد فيها
 فلساً لا ينفق وقد نقد الدرهم فانه يستبدله لانه بمطلق العقد استحق فلوساً نافقة وان لم
 يستبدله حتى افتراقاً لم يبطل العقد فيه لان ما بازائه من الدرهم مقبوض كما في الصرف لانه لو
 اشترى دينار بعشرة دراهم ثم وجد بعض الدراهم زيوفاً قبل الافتراق كان له أن يستبدله وان لم
 يستبدله حتى تفرقاً لم يبطل العقد فهذا قياسه وان لم يكن نقد الدراهم استبدله أيضاً ما لم يتفرقاً لان
 الدينية الى آخر المجلس في البدلين عفو وان كانا قد تفرقا وهو فلس لا يجوز مع الفلوس رجوع
 بحصته من الدراهم كما في الصرف واذا وجد بعض البدل ستوقاً بعد الافتراق ينتقض القبض فيه
 من الاصل وما بازائه غير مقبوض فكان ديناً بدين بعد المجلس وان كان يجوز معها في حال ولا يجوز
 في حال استبدله في المجلس قبل أن يتفرقاً لانه بمنزلة الزیوف في الدراهم وقد بينا في الصرف
 والسلم انه اذا وجد القليل زيوفاً استبدل به في مجلس الرد جاز العقد فجعل اجتماعهما في مجلس
 الرد كاجتماعهما في مجلس العقد فهذا قياسه وان استحق منها شيء رجع بحصته من الدرهم يعني
 اذا كان نقد الدرهم بعد الافتراق لانه بالاستحقاق ينتقض القبض فيه من الاصل فتبين ان
 الافتراق في ذلك القدر كان عن دين بدين وان استقرض عشرة أفلس ثم كسدت تلك
 الفلوس لم يكن عليه الا مثلها في قول أبي حنيفة قياساً وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
 قيمتها من الفضة استحساناً لان الواجب عليه بالاستقراض مثل المقبوض والمقبوض فلوس
 هي ثمن وبعد الكساد يفوت صفة الثمنية بدليل مسألة البيع فيتحقق عجزه عن رد مثل ما درهم

فيلزمه قيمته كما لو استقرض شيئا من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدي الناس بخلاف ما اذا غلت أو رخصت لأن صفة الثمنية لا تنعدم بذلك ولكن تتغير بتغير رغائب الناس فيها وذلك غير معتبر كما في البيع وأبو حنيفة يقول الواجب في ذمته مثل ما قبض من الفلوس وهو قادر على تسليمه فلا يلزمه رد شيء كما اذا غلت أو رخصت وهذا لأن جواز الاستقراض في الفلوس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لكونها من ذوات الأمثال ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكمل أو موزون أو عددي متقارب كالجوز والبيض وبالكساد لم يخرج من أن يكون من ذوات الأمثال بخلاف البيع فقد بينا أن دخولها في العقد هناك باعتبار صفة الثمنية وقد فات ذلك بالكساد بوضعه أن بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض اذ لو لم يحمل كذلك كان مبادلة الشيء بنفسه نسيئة وذلك لا يجوز فيصير من هذا الوجه كأنه غصب منه فلوسا فكسدت وهناك برأ بردها أيضا يبرأ بردها ثم عند أبي يوسف اذا وجبت القيمة فأنما تعتبر قيمتها من الفضة من وقت القبض وعند محمد اذا وجبت القيمة فأنما يعتبر قيمتها بآخر يوم كانت فيه رابحة فكسدت وهذا بناء على ما إذا تلف شيئا من ذوات الأمثال فانقطع المثل عن أيدي الناس فهناك عن أبي يوسف يعتبر قيمته وقت التلف وعند محمد بآخر يوم كان موجودا فيه فانقطع وقد بينا هذا في كتاب العصب وإن استقرض دنانير فلوسا أو نصف درهم فلوس فرخصت أو غلت لم يكن عليه إلا مثل عدد الذي أخذ لأن الضمان يلزمه بالقبض والمقبوض على وجه القرض مضمون بمثله وكذلك لو قال أقرضني دنانير حنطة فأقرضه ربع حنطة فعليه أن يرد مثله باعتبار القبض ولا معتبر بتسمية الدنانير فيه وكذلك لو قال أقرضني عشرة دراهم بدينار فأعطاه عشرة دراهم فعليه مثلها ولا ينظر إلى غلاء الدراهم ولا إلى رخصها وكذلك كل ما يكال أو يوزن فالخاصل وهو أن المقبوض على وجه القرض مضمون بالمثل وكل ما كان من ذوات الأمثال يجوز فيه الاستقراض والقرض لا يتعلق بالجائز من الشروط فالفاسد من الشروط لا يبطله ولكن يلغو شرط رد شيء آخر فعليه أن يرد مثل المقبوض وكذلك ما يمد من الجوز والبيض وإن اقترض الجوز بالكيل فهو جائز لأنه يكال تارة ويمد أخرى وقد بينا جواز السلم في الجوز كيلا وعددا وما فيه من خلاف زفر فكذلك حكم القرض فيه والاقراض جائز مندوب إليه لقوله صلى الله عليه وسلم القرض مرتين والصدقة مرة وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة بمشر أمثالها والقرض بثمانية عشر وقيل مناه أنه لا

يستقرض إلا المحتاج وقد يتصدق على غير المحتاج ثم الأصل فيه أن ما يكون مضمونا بالمثل على الغاصب والمستهلك له يجوز استقراضه لأن المقبوض بحكم القرض مضمون بالمثل من غير احتمال الزيادة والنقصان وما يكون مضمونا بالقيمة لا يجوز الاستقراض فيه لأن طريق معرفة القيمة الحزر والظن فلا تثبت به المماثلة المستبصرة في القرض كما لا تثبت به المماثلة المشروطة في مال الربا وأصل آخر وهو أن القرض في معنى العارية لأن ما يسترده المقرض في الحكم كأنه عين ما دفع إذ لو لم يحمل كذلك كان مبادلة الشيء بجنسه نسيئة وذلك حرام فكل ما يحتمل حقيقة الاعارة مما ينتفع به مع بقاء عينه لا يجوز اقراضه لأن اعارته لا تؤثر في عينه حتى لا تملك به العين ولا يستحق استدامة اليد فيه فكذلك اقراضه لا يثبت ملكا صحيحا في عينه وكل ما يتأتى فيه الاعارة حقيقة مما لا ينتفع به إلا مع بقاء عينه فاقراضه واعارته سواء لأن منافعه لا تنفصل عن عينه فاقراضه واعارته تملك لعينه وإذا ثبت هذا فنقول الاقراض جائز في كل مكيل أو موزون وكذلك في العدديات المتقاربة كالجوز والبيض لأنها مضمونة بالمثل وإنما يختلفون في اقراض الخبز فالمرؤى عن أبي حنيفة أن ذلك لا يجوز وزنا ولا عددا وعن أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا وعند محمد أنه يجوز عددا قال هشام قلت له وزنا فرأيت أنه نفر من ذلك واستعظمه وقال من يفعل ذلك وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر عند أبي حنيفة قال لأنه لا يوقف على حده معناه أنه يتفاوت بالعجن والنضج عند الخبز ويكون منه الخفيف والثقيل وفي كل نوع عرف لا يحصل ذلك بالآخر وما لا يوقف على حده لا يجوز السلم فيه ثم لهذه العلة أفسد أبو حنيفة الاستقراض فيه لأن السلم أوسع من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فإذا لم يجز السلم في الخبز لهذا المعنى فلا أن لا يجوز الاستقراض أولى وأبو يوسف يقول الخبز موزون عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وقد بينا في البيوع أن استقراض اللحم وزنا يجوز فكذلك الخبز ولا يجوز عددا لأنه متفاوت فيه الكبير والصغير ومحمد جوز استقراضه عددا لأنه صنع الناس وقد اعتادوه وقد نقل ذلك عن إبراهيم أنه سئل عن استقرض رغيفا فرد أصفر منه أو أكبر قال لا بأس به وهو عمل الناس قال الكرخي وإنما استعظم محمد قول

من يقول لا يجوز استقراضه الا وزنا لانه لا يجوز الاستقراض فيه وزنا وهذا لان إعلامه بالوزن أبلغ من إعلامه بذكر العدد فاذا جاز عنده الاستقراض فيه عددا فلان يجوز وزنا أولى ومن أصحابنا رحمهم الله من قال بل استعظم جواز استقراضه وزنا لان القياس فيه ما قاله أبو حنيفة أنه لا يوقف على حسده وانما ترك هذا القياس محمد لتمييز الناس وذلك في استقراضه عددا فبقى استقراضه وزنا على أصل القياس وأما الحيوان فلا يجوز استقراض شيء منه عندنا وقال الشافعي يجوز ذلك الا في الجوارى لما روى النبي صلى الله عليه وسلم انه استقرض بكرا ورد رباعيا وقال خيركم أحسنكم قضاء ولان الحيوان مما يثبت دينا في الذمة اما عندى فى السلم وعند الكل فى الشكاح والخلع والصالح فى دم العمد فيجوز استقراضه كالمكيل والموزون وهذا لان القرض موجب له ملك المقبوض بعينه وثبوت مثله فى الذمة والحيوان محتمل فلما كان ذلك محلا لوجب القرض كان الاستقراض جائزا إلا أن فى الجوارى لا أجوز الاستقراض كما لا أجوز السلم على أحد القولين وعلى القول الذى يجوز السلم فيه الفرق أن المقصود فى الجوارى ملك المتعة وعقد المعاوضة مشروع لاثبات ملك المتعة وأما القرض فبذل بطريق التبرع وملك المتعة لا يثبت بطريق التبرع ولا مدخل للتبرع فيه فلماذا لا يجوز فيه الاستقراض بخلاف سائر الحيوانات فانما هو المقصود لما يعمل فيه البذل ويثبت بطريق التبرع فيجوز استقراضه. وحجتنا فى ذلك أن هذا غير مضمون بالقيمة على مستهلكه فلا يجوز استقراضه كالجوارى ولهذا تبين أنه لا يمكن اثبات الحيوان دينا فى الذمة بمقابلة ما هو مال مع اعتبار المعادلة فى المالية لانه لا يصار فى المستهلكات الى القيمة الا عند تعذر ايجاب المثل وموجب القرض ثبوت المثل فى الذمة بشرط المعادلة فى المائلة فاذا تعذر ذلك فى الحيوان لم يجوز استقراضه وبه فارق ثبوت الحيوان فى الذمة بدلا عما ليس بمال لان ذلك ليس شرط المعادلة فى المائلة مع أنه لا يثبت فى الذمة ثبوتنا صحيحا حتى لو اتاها بالقيمة أجبرت على قبوله ولا مدخل لذلك فى القرض ابتداء وعذره فى الجوارى فاسد لان المقصود ملك العين والمالية وذلك يعمل فيه البذل ويثبت بطريق التبرع ألا ترى أن ملك العين والمالية يثبت فيها بدون ملك المنفعة وهو ما اذا كانت أخته من الرضاعة أو منكوحه الغير ولان الحيوان تنفصل منفعة عن عينه والاستقراض لا يجوز فى مثله كالحر وتحقيقه ما قلنا ان الاقراض بمنزلة الاعارة قويا تنفصل المنفعة فيه عن العين تنأتى حقيقة الاعارة فلا حاجة الى تصحيح

الاقراض فيه وأما الحديث فأنما استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ليت المسالحي روى أنه قضاه من ابل الصدقة وما كان يقضى ما استقرضه لنفسه من ابل الصدقة ويبت المال يثبت له وعليه حقوق مجهولة وقيل كان استسلف في الصدقة بكرافان الاستسلاف والاستقراض يتفاوت ثم لم تجب الزكاة على صاحبه المال فردّه بعد ما صار رباعيا وقيل هذا كان في وقت كان الحيوان مضمونا بالمثل ثم انتسخ ذلك كما بيناه في أول النصب فان قبض الحيوان بحكم القرض وجب عليه رده ولو باعه نفذيمه وعليه ضمان قيمته لان المقبوض بحكم قرض فاسد بمنزلة المقبوض بحكم بيع فاسد اذ الفاسد معتبر بالجائز لانه لا يمكنه أن يجعل الفاسد أصلا في معرفة حله لان الشرع لا يرد به فلا بد من اعتباره بالجائز وكذلك العقار والثياب الاستقراض فيها كالاستقراض في الحيوان وفرق علماؤنا رحمهم الله بين السلم والقرض في الثياب فقالوا الثياب لا تثبت في الذمة بثبوتها صحيحا إلا مؤجلا والقرض لا يكون إلا حالا وحقيقة المعنى فيه أن المعتبر في السلم فيه اعلام المالية على وجه لا يبق فيه تفاوت إلا يسيرا ليكون المقصود بالعقد معلوما للمعاقد وذلك في الثياب بذكر الوصف ممكن اما في باب القرض فالشرط اعتبار الماملة في العين المقبوضة وصفة المالية وذلك لا يوجد في الثياب بدليل أنها لا تضمن بالمثل عند الاستهلاك فلهذا لا يجوز الاستقراض فيها وكذلك لا يجوز اقراض الخشب والخطب والقصب والريا حين الرطبة والبقول لانها مضمونة بالقيمة عند الاستهلاك فاما الحناء والوسمة والريا حين اليابسة التي تكال لا بأس باستقراضها لانها مضمونة بالمثل عند الاستهلاك ولا يجوز الاجل في القرض معناه أنه لو أجله عند الإقراض مدة معلومة أو بعد الاقراض لا يثبت الأجل وله أن يطالبه به في الحال وعند مالك يثبت الأجل في القرض لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز التأجيل فيه كالتمن والأجرة يدل عليه ان التأجيل اسقاط المطالبة الى مدة واسقاط المطالبة ببدل القرض لا الى غاية الإبراء صحيح فالتأجيل فيه أولى أن يصح ولنا فيه طريقان أحدهما أن المقرض متبرع ولهذا لا يصح الاقراض ممن لا يملك التبرع كالعبد والمكاتب فلو لزم الاجل فيه لصار التبرع ازمما المتبرع شيئا وهو الكف عن المطالبة الى مضي الأجل وذلك يناقض موضوع التبرع وشرط ما يناقض موضوع العقد به لا يصح وكذلك الحاقه به لا يصح فلهذا لا يلزم الاجل فيه وان ذكر بعد العقد والثاني أن القرض بمنزلة العارية على ما قررنا والتوقيت في العارية لا يلزم حتى ان

المير وان وقته سنة فله أن يسترده من ساعته فكذلك الأجل في القرض وبه يتبين الجواب عن قوله هو دين لأن بدل القرض في الحكم عين المقبوض اذ لو جعل ديناً على الحقيقة كان بدلاً عن المقبوض في الحكم فيكون مبادلة الشيء بنفسه نسيئة وهذا بخلاف الإبراء لأنه بالإبراء يزول ملكه وإزالة الملك بالتبرع صحيح فاما بالقرض فلا يزول ملكه فلو لزم الأجل فيه لكان يلزمه الكف عن المطالبة بملكه إلى مضي الأجل وهو مخالف لموضوع التبرع فاما التأجيل في بدل النصب والمستهلك فيجوز عندنا ولا يجوز عند زفر والشافعي رحمهما الله أما مع الشافعي فالكلام ينبنى على أصل وهو ان عنده الأجل لا يثبت في شيء من الديون إلا بالشرط في عقد المعاوضة حتى قال لو أجله في الثمن بعد البيع لا يثبت الأجل لأن الشرط انما يعتبر في ضمن العقد اللازم إما منفرداً عن العقد فلا يتعلق به اللزوم ولكننا نقول ما كان ديناً على الحقيقة اذا لم يكن مستحق القبض في المجلس فاسقاط القبض فيه بالإبراء صحيح فكذلك بالتأجيل اما زفر فهو يقول المستهلك مضمون بالمثل كالمستقرض فكما لا يلزم الأجل في القرض فكذلك في بدل النصب وهذا لأن المعتبر فيهما المعادلة في صفة المالية وبين الحال والمؤجل تفاوت في المالية معنى فالتأجيل فيه بمنزلة التزام رد أجود مما قبض أو أزيف أو اردأ منه وذلك لا يكون ملزماً وجه قولنا ان بدل المستهلك دين في الذمة على الحقيقة فاشتراط الأجل فيه يلزم كسائر الديون بخلاف المستقرض فإنه في حكم العين والقرض بمنزلة العارية كما بينا ولهذا قال أبو يوسف ان الملك لا يثبت للمستقرض في العين بنفس القبض والمقرض أحق باسترداده ما لم يخرج المستقرض عن ملكه ولكننا نقول المستقرض يملك العين بالقبض لأنه يملك المنفعة ومنفعة المكيل والموزون لا تنفصل عن العين فاذا يملك العين التحق بسائر أملاكه وكان الخيار في تعيين ما يردده إلى المستقرض وهذا لأنه دين في ذمته بصورة وقد جعل كالعين حكماً فلا اعتبار أنه دين بصورة جعلنا اختيار محل القضاء إلى من في ذمته ولا اعتبار أنه عين حكماً قلنا لا يلزم فيه الأجل وعارية الدراهم والدنانير قرض للأصل الذي قلنا ان القرض بمنزلة العارية والعارية في كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك لعينه يكون قرضاً وهذا لأن المير مسلط المستعير على الانتفاع بالمستعار على أن يردده عليه وفيما يجوز فيه القرض بالمنفعة لا تنفصل عن العين فيكون بالإعارة مسلطاً له على استهلاك العين في حاجته على أن يرد عليه مثله وذلك امر اضري قال ألا ترى أن المستعير للدراهم لو اشترى جارية كانت له

وعليه مثلها وهو اشارة لما بينا فانه اذا اشترى جارية وجب ثمنها في ذمته وقد جوز له المعير الانتفاع بتلك الدراهم في حاجته وقضاء الدين من حاجته فكان له أن يقضي الدين بها على أن يضمن مثلها فاما الاواني من الذهب والفضة والجواهر وغيرها فليست بقرض ولكنها عوار لأن منافعتها تفصل عن عينها ولا يتمتع بحكم الاعارة فيها حتى لو باعها المستعير لم يحز بيعه فيها وكذلك اللالي والا كارع والرؤس لا يجوز اقراضها والله أعلم

باب القرض والصرف فيه

قال رحمه الله روي عن زينب امرأة عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قالت أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا وخمسين وسقما من تمر خيبر وعشرين وسقما من شعير فقال لي عاصم بن عدي أعطيك تمرا هنا وأخذ تمر كنجير فقالت لا حتى أسئل عن ذلك فسألت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنهاني عنه وقال كيف بالضمان فيما بين ذلك وبه تأخذ فان هذا ان كان بطريق البيع فاشترط ايفاء بدل له حمل ومؤنة في مكان آخر مبطل للبيع وهو مبادلة التمر بالتمر نسيئة وذلك لا يجوز وان كان بطريق الاستعراض فهذا قرض جر منفعة وهو اسقاط خطر الطريق عن نفسه ومؤنة الحمل ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر منفعة وسماه ربا وعن محمد بن سيرين قال أقرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبي بن كعب رضي الله عنه عشرة آلاف درهم وكانت لابي رضي الله عنه نخل بمجل فأهدى أبي بن كعب رضي الله عنه رطبا لعمر رضي الله عنه فردّه عليه فلقية أبي فقال أظننت اني أهديت اليك لأجل مالك ابعت الى مالك نخذه فقال عمر لابي رضي الله عنهما رد علينا هديتنا وبه تأخذ فان عمر رضي الله عنه انما رد الهدية مع انه كان يقبل الهدايا لانه ظن أنه أهدى اليه لأجل ماله فكان ذلك منفعة القرض فلما أعلمه أبي رضي الله عنه انه ما أهدى اليه لأجل ماله قبل الهدية منه وهذا هو الاصل ولهذا قلنا ان المنفعة اذا كانت مشروطة في الاقراض فهو قرض جر منفعة وان لم تكن مشروطة فلا بأس به حتى لو رد المستقرض أجود مما قبضه فان كان ذلك عن شرط لم يحل لأنه منفعة القرض وان لم يكن ذلك عن شرط فلا بأس به لانه أحسن في قضاء الدين وهو مندوب اليه . يbane في حديث عطاء قال استقرض رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل دراهم فقضاه وأرجع له فقالوا أرجعت فقال صلى الله عليه وسلم

انا كذلك نزن فاذا جاز الرجحان له من غير شرط فكذلك صفة الجودة قالوا وانما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر أما اذا كان يعرف أنه فعل ذلك لاجل القرض فالتحرز عنه أولى لان المعروف كالشروط والذي يحكى انه كان لابي حنيفة على رجل مال فاتاه ليطالبه فلم يقف في ظل جداره ووقف في الشمس لا أصل له لان أبا حنيفة كان افقه من ذلك فان الوقوف في ظل جدار الغير لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا مطلوبا وذكر عن الشعبي انه كان يكره أن يقول الرجل للرجل أقرضني فيقول لا حتى ابيعك وانما أراد بهذا اثبات كراهة المينة وهوان بيعه مايساوى عشرة بخمسة عشر لبيعه المستقرض بمشرة فيحصل للمقرض زيادة وهذا في معنى قرض جر منفعة والاقرض مندوب اليه في الشرع والغرر حرام الا ان البخلاء من الناس تطرقوا بهذا الى الامتناع مما يدنو اليه والاقدام على ما نهوا عنه من الفرور وبنحوه ورد الاثر اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب البقر ذلتم حتى يطمع فيكم وعن ابن عمرو الحسن رضي الله عنهما قال في الرجل يكون له على الرجل دراهم فيعطيه دنانير يأخذها بقيمتها في السوق وهذا لان عند اختلاف الجنس لا يظهر الربا بخلاف ما اذا كان الجنس واحدا كما ذكر ذلك عن الشعبي وعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عتاب بن أسيد رضي الله عنه الى مكة وقال انهم عن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وعن بيع مالم يقبض وعن ربح مالم يضمن وبه تأخذ وصفة الشرطين في البيع أن يقول بالنقد بكذا وبالنسيئة بكذا وذلك غير جائز والبيع مع السلف أن يبيع منه شيئا ليقرضه أو يؤجله في الثمن ليعطيه على ذلك ربحا ويبيع مالم يقبض عام دخله الخصوص في غير المبيع من الصداق وغيره وظهر أن المراد النهي عن البيع مع بقاء الفرور في الملك المطلق للتصرف وذلك في المنقول دون العقار وقد بيناه في البيع وعن ربح مالم يضمن هو في معنى هذا فان المبيع قبل القبض ليس في ضمان المشتري فما يحصل فيه من الربح لا يطيب له وزاد في بعض الروايات عن بيع ما ليس عنده يعني ما ليس في ملكه بيانه في حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه أنه قال لرسول الله في ربما أدخل السوق فاستعجيد السلعة ثم أذهب فابيعها ثم ابتاعها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك وعن الشعبي قال أقرض عبد الله بن مسعود رضي الله عنه رجلا دراهم فقضاه الرجل من جيد عطائه فكره ذلك ابن مسعود رضي الله عنه فقال لا الا من عرضه مثل دراهمي وعن عامر

رحمه الله لا بأس بأن يقضي أجود من دراهمه إذا لم يشترط ذلك عليه وقد روى أن ابن عمر رضي الله عنهما كان يفعله وبه تأخذ وتأويل كراهة ابن مسعود رضي الله عنه أن الرجل إنما فعل ذلك لأجل الفرض فلماذا كرهه وقد رد عمر رضي الله عنه الهدية بمثل هذا وعن صلة بن زفر قال جاء رجل إلى ابن مسعود رضي الله عنه على فرس بقاء فقال أنه أوصي إلى في يتيم فقال عبد الله رضي الله عنه لا تشتري من ماله شيئا ولا تستقر من منه شيئا وبه تأخذ فنقول ليس للوصي أن يستقرض من مال اليتيم لأنه لا يقرض غيره فكيف يستقرضه لنفسه وهذا لأن الأقرض تبرع فلا يحتمله مال اليتيم وبظاهر الحديث يأخذ محمد رحمه الله فيقول إذا اشترى الوصي من مال اليتيم لنفسه شيئا لا يجوز ولكن أبا حنيفة يقول مراده إذا اشترى بمثل القيمة أو بأقل على وجه لا يكون فيه منفعة ظاهرة لليتيم لأن مقصوده من هذا الأمر أن ينفي التهمة عن نفسه وعن عطاء رحمه الله أن ابن الزبير رضي الله عنه كان يأخذ بمكة الورق من التجار فيكتب لهم إلى البصرة وإلى الكوفة فيأخذون أجود من ورقهم قال عطاء فسألت ابن عباس رضي الله عنه عن أخذهم أجود من ورقهم فقال لا بأس بذلك ما لم يكن شرطا وبه تأخذ فنقول المنهي عنه هي المنفعة المشروطة أما إذا لم تكن مشروطة فذلك جائز لأنه مقابلة الإحسان بالإحسان وإنما جزاء الإحسان الإحسان وكذلك قبول هديته واجابة دعوته لا بأس به إذا لم يكن مشروطا وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه كان يأخذ الورق بمكة على أن يكتب لهم إلى الكوفة بها وتأويل هذا عندنا أنه كان عن غير الشرط فاما إذا كان مشروطا فذلك مكروه والسفاحج التي تتعامله الناس على هذا أن أقرضه بغير شرط وكتب له سفتجة بذلك فلا بأس به وإن شرط في القرض ذلك فهو مكروه لأنه يسقط بذلك خطر الطريق عن نفسه فهو قرض جر منفعة رجل باع من رجل عبدا بثلثين مسمى إلى شهر على أن يوفيه إياه بمصر آخر عينه فالبيع جائز لأن الثمن معلوم والاجل معلوم بالمدة إلا أن فيما لا حمل له ولا مؤنة يطالبه بالتسليم حيث يجده بعد مضي الاجل وفيما له حمل ومؤنة لا يطالبه به إلا في الموضع المشروط لأن الشرط معتبر إذا كان مقيدا غير معتبر إذا لم يكن مقيدا وهذا بخلاف القرض فإن المستقرض مضمون بالمثل فلا يجوز فيه شرط الإبقاء في مكان آخر ولأن اشتراط مكان التسليم كاشتراط زمان التسليم لأن التسليم لا يتأتى إلا بمكان وزمان وشرط الزمان في القرض للتسليم لا يلزم وهو الأجل فكذلك

شرط المكان بخلاف البيع فان لم يبين في البيع مدة الاجل والمسئلة بحالها فقياله حمل ومؤنة العقد فاسد وصورته ان يبيعه العبد بحنة موصوفة بالكوفة علي ان يامها بالبصرة فهذا شرط أجل مجهول لأن تعيين مكان التسليم فيقاله حمل ومؤنة معتبر ولا يلزمه التسليم ما لم يأتي ذلك المكان واما ما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لاشتراطه الأجل المجهول لنفسه إلا أن يأتي ذلك المكان وعن أبي يوسف انه يجوز العقد ويطالبه بالتسليم في الحال لأن التسليم فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يتقيد بالمكان المذكور ومعنى الاجل في ضمنه فاذا لم يثبت كان الثمن حالا واذا اقراض الرجل الرجل الدراهم ثم صالحه منها على أقل من وزنها فهو جائز لأنه قبض البعض وبراءه عن البعض وكل واحد منهما صحيح في الكل فكذلك في البعض فان فارقه قبل أن يعطيها لم يبطل الصلح لانه لا يتمكن في هذا التصرف معنى المبادلة وصحة الإبراء لاستدعي القبض وهذا بخلاف ما لو صالحه على أن أجله فيها شهرا لأن التأجيل بمد الاقراض كالمقرون بالاقرض والمعنى الذي لاجله لا يلزم الأجل اذا اقترن بالاقرض انه بمنزلة العارية فهو موجود في التأجيل بمد الاقرض وان صالحه على عشرة دنائير فهو جائز اذا كان يدا بيد لتمكن معنى المبادلة في هذا الصلح بسبب اختلاف الجنس فان افترقا قبل قبض الدنانير بطل الصلح وان افترقا بعد ما قبض بعضها يبرأ من حصصة المقبوض وعليه رد ما بقي من الدراهم اعتبارا للبعض بالكل وان صالحه منها على ذهب تبر أو مصوغ لا يعلم وزنه جاز ان قبضه قبل الافتراق لأن ربا الفضل ينعدم عند اختلاف الجنس بخلاف ما اذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها فهناك لاتحاد الجنس ربا الفضل يجري وتوهم الفضل كتحققه فيما ينبغي أمره على الاحتياط ووقع في بعض نسخ الاصل لو صالحه على ذهب تبر جزافا بمينه أو ورق قيل قوله أو ورق زيادة من الكاتب وقيل بل هو صحيح لان في لفظ الصلح ما يدل على ان ما وقع عليه الصلح من الورق أقل من الدين لان مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فيجوز الا أن يعلم انه أكثر من حقه وزنا وان أقرضه درهما ثم اشترى به فلوسا بعينها أو بغير عينها فهو جائز ان قبضها قبل أن يتفرقا لان الفلوس الرائجة لا تتعين عند المقابلة بخلاف جنسها فان فارقه قبل القبض بطل لانه دين بدين فان قيل ليس كذلك لانه قابض الدرهم بذمته ولهذا يسقط عنه فكان هذا عينا بدين وقد بينا في بيع الفلوس بالدراهم أن قبض أحد البدين قبل الافتراق يكفي قلنا نعم صار قابضا له بذمته ولكن دينا لا عينا

لان الدين لا يتعين إلا قبض مال عين وذلك لا يحصل بالقبض بالذمة فلا يخرج به من أن يكون ديناً بدين فيكون هذا افتراقاً عن دين بدين وإن أقرضه ألف درهم فأخذ بها كفيلاً ثم صالح الكفيل الطالب على عشرة دنائير وقبضها جاز لان الكفيل قائم مقام الاصل ويثبت في ذمته ما هو في ذمة الاصيل وصلحه مع الاصيل جائز على الدناير بشرط القبض في المجلس فكذلك مع الكفيل ثم الكفيل يرجع على الاصيل بالدراهم لانه بالصلح ملك ما في ذمته ولو ملكه بالاداء أو بالهبة رجع به على الاصيل فكذلك اذا ملكه بالصلح ولو صالحه على مائة درهم لم يرجع على المكفول عنه إلا بمائة درهم لان الطالب هنا يتبرأ عما زاد على مائة والكفيل لا يملك المكفول به بالابراء فلا يرجع الا بقدر ما أدى والطالب له أن يرجع بتسماية على المكفول عنه هو قال الشيخ الامام الاجل أبو بكر محمد بن الفضل رحم لم يذكر فضل رجوع الطالب على المطلوب هنا وإنما ذكره في موضع آخر . ووجه ذلك أن الصالح مع الكفيل على مائة درهم بمنزلة ابراء الطالب عن الباقي وبراءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل فكان للطالب أن يرجع بالتسمية الباقية لهذا بخلاف الاول ففي الصالح هناك معنى المبادلة لاختلاف الجنس فيصير به ممتلكاً جميع الالف ولا مبادلة هنا فان مبادلة المائة بالالف رباء قال ولو ان المكفول عنه صالح الكفيل قبل أن يؤدي الكفيل المال الى الطالب على عشرة دنائير ودفعا اليه كان جائزاً لان بالكفالة كما وجب المال للطالب على الكفيل وجب للكفيل على الاصيل ولكنه مؤجل الى أن يؤدي والصلح عن الدراهم المؤجلة على دنائير صحيح بشرط القبض في المجلس فان أدى المكفول عنه الدراهم بعد ذلك رجع به على الكفيل الا ان يشاء الكفيل أن يرد الدناير التي أخذ لانه انما اعطاه ليستقط مطالبة الطالب عنه ولم تسقط فله أن يرجع به عليه كما لو أعطاه جنس المال ثم الكفيل صار مستوفياً منه الدراهم بطريق الصالح ومبنى الصالح على الانقضاء والتجاوز بدون الحق فاذا من لزمه الرد تخبر بين أن يرد المقبوض بعينه وبين أن يرد ما صار مستوفياً بالمقاصة من الدراهم ولو كان صالحه على مائة درهم لم يرجع عليه الا بها لان ما زاد على المائة الكفيل مبرئ للاصيل وفي المائة مستوف فلا يلزمه إلا رد ما استوفى وإذا أقرض الرجل الرجل ألف درهم وقبضها منه وأمره أن يصرفها له فصرفها له بالدناير فلا يجوز على الطالب لانه لا دين عليه فان رضى الطالب أن يأخذ الدناير ففعل ذلك فهو جائز كما لو استبدل معه دراهم القرض بالدناير هكذا

في رواية أبي سليمان من غير تنصيص على الخلاف فيه وفي رواية أبي حفص قال هذا قول أبي حنيفة أما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فهو جائز على الطالب سواء صرف الدراهم بالدنانير أو الدنانير بالدراهم وسواء قبضه الطالب في المجلس أو بعده وهو الصحيح والمسئلة تنبئ على ما بينا في كتاب البيوع وإذا قال الطالب للمطلوب أسلم مالي عليك في كر حنطة وقد قررنا الخلاف في تلك المسئلة فكذلك في هذه اذ لا فرق بين أن يأمره بالصرف مع غير المعين أو السلم عندهما يصح في الوجهين جميعا باعتبار أنه أضاف الوكالة الى ملكه فالدين في ذمة المدين ملك الطالب وعند أبي حنيفة لا يجوز في الوجهين لأنه أمره بدفع الدين الى من يختاره لنفسه وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فدفع المطلوب الى الطالب دنانير وقال اصرفها وخذ منها قبضها فهلك قبل أن يصرفها هلكت من مال الدافع والمدفوع اليه مؤتمن لأنه قبض الدنانير بحكم الوكالة والوكيل أمين فيما دفعه الموكل اليه من ماله فان صرفها وقبض الدراهم فهلك قبل أن يأخذ منها حقه هلكت من مال الدافع أيضا لأنه في القبض بحكم العقد عامل للأمر فله في يده كماله في يد الآخر حتى يأخذ منها حقه فاذا أخذ حقه وضاع ما أخذه فهو من ماله لأنه في هذا الاخذ عامل لنفسه وانما يصير آخذا حقه باحداث القبض فيه لاجل نفسه ولو دفعه اليه المطلوب قضاء لحقه كان داخلا في ضمانه فكذلك اذا قبضه بأمره وان قال لهما بحقتك فباعها بدراهم مثل حقه وأخذها فهو من ماله لأنه بالبيع ممثل أمره وانما يكون ذلك اذا كان في القبض عاملا لنفسه حتى يتحقق كونه تابعا بحقه بخلاف الاول فان هناك أمره بالبيع للأمر فكان في القبض عاملا للأمر ما لم يستوف حقه من المقبوض وإذا اشترى بيبعا على أن يقرضه فهذا فاسد لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف ولتميه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط. والمراد شرط. فيه منفعة لأحد المتعاقدين لا يقتضيه العقد وقد وجد ذلك وإذا أقرض المرتد أو استقرض فقتل على رده فقرضه الذي عليه دين في ماله اما لأن تصرفه قد بطل فبقى هو قابضا مال الغير على وجه التملك وذلك موجب الضمان عليه أو لأن تصرفه من حيث الاستقراض صحيح فان توقف تصرفه لحق الورثة واستقراضه لا يلاقى محلا فيه حق الورثة فان قيل أليس العبد المحجور اذا استقرض واستهلك لم يلزمه ضمانه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما لم يعق فكذلك المحجور بسبب الردة ينبئ أن لا يكون ضامنا ما استقرض في ماله الذي هو حق الورثة

فلما العبد يصح منه التزام الضمان بالاستقراض في حق نفسه حتى يؤاخذ به بعد العتق فكذلك من المرتد يصح الالتزام في حق نفسه ثم حقه في المال يقدم على حق الورثة ولهذا يقضى سائر الديون من ماله فكذلك هذا الدين وما أقرضه المرتد فهو دين على صاحبه لانه قبضه بشرط الضمان وذلك موجب عليه في حق المرتد وفي حق ورثته واقراض المرتدة واستقراضها جائز كما يجوز سائر تصرفاتها ولا يجوز اقراض العبد التاجر والمكاتب والعبي والمعتود لانه تبرع وهؤلاء لا يملكون التبرع * واذا أقرض الرجل صبيا أو ممتوها فاستهلكه لا ضمان عليه هكذا أطلق في نسخ أبي حفص وفي نسخ أبي سليمان قال وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أما في قول أبي يوسف فهو ضمان لما استهلك وهو الصحيح لانه بمنزلة الوديعة لانه سلطه على الاستهلاك بشرط الضمان وتسليط الصبي على الاستهلاك صحيح وشرط الضمان عليه باطل وقد قررنا هذه الطريقة في كتاب الوديعة فهي في القرض أظهر . وان أقرض عبدا محجورا عليه فاستهلكه لم يأخذه به حتى يمتق وهو على الخلاف الذي بينا وازالم ينص عليه وعند أبي يوسف يؤاخذ به في الحال كما في الوديعة . وان وجد القرض ماله بعينه عند واحد من هؤلاء فهو أحق به لانه عين ملكه . واذا باع الرجل دراهم بدراهم الى أجل وقبض فهو فاسد لوجود المجانسة والقدر والنساحر ام عند وجود أحد الوصفين فعند وجودهما أولى . والمقبوض بمنزلة القرض حال عليه فان وجد دراهمه بعينها فلا آخر ان يعطيه غيرها لانه قرض عليه واختيار حل قضاء بدل القرض الى من عليه وقد بينا فيه خلاف أبي يوسف وفي نسخة أبي سليمان ليس للآخر ان يعطيه غيرها وهذا هو الأصح لانها مقبوضة بحكم عقد فاسد فيجب ردها بعينها على ما بينا أن الدراهم تعين بالقبض وان كانت لا تعين بالعقد والله أعلم بالصواب

باب الرهن في الصرف

قال رحمه الله واذا اشترى عشرة دراهم بدنانير وتقدمه الدنانير وأخذ بالمشرة رهنا يساويها فملك الرهن في يده قبل أن يتفرقا فهو بما فيه وقد بينا في البيوع حكم الرهن برأس مال السلم فبدل الصرف فيه مثله ثم قبض الرهن ثبت له يد الاستيفاء ويتم ذلك بهلاك الرهن ويصير بهلاك الرهن مستوفيا عين حقه من مالية الرهن لاستبداله فلماذا بقي عقد

الصرف وكذلك لو اشترى سيفاً على بدنانير أو بمائة درهم وقبض السيف وأخذ ثمنه رهناً فيه وفاء فهلك قبل أن يتفرقا ولو نقده الثمن وأخذ رهناً بالسيف وفيه وفاء فهلك الرهن عنده قبل أن يتفرقا فإنه يقضى له بالسيف لأن أخذ الرهن بالأعيان لا يجوز لأن موجب عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء العين من العين غير ممكن فيبقى السيف على ملكه بعد هلاك الرهن ويقضى عليه بالأقل من قيمة السيف ومن قيمة الرهن لأنه قبض الرهن على جهة الاستيفاء والمقبوض على جهة الشيء كالمقبوض على حقيقة في حكم الضمان . وكذلك لو كان مكان السيف منطقة أو سرج مفضض أو اناء مصوغ أو فضة تبر وهذا دليل على أن التبر يتمين بالتعيين في المقدر أنه جعله كالسيف في أنه لا يجوز أخذ الرهن بعينه فإن هلك الرهن بعد ما تفرقا قبل القبض فقد بطل عقد الصرف بالافتراق لأن تمام الاستيفاء بهلاك الرهن فالافتراق قبله مبطل لعقد الصرف ولكن المرتهن ضامن الأقل من قيمة الرهن ومما رهن به سواء كان رهناً بالثمن أو بالمتن لأن الضمان حكم يثبت بالقبض والقبض باق بعد ما بطل عقد الصرف بالافتراق فعند هلاك الرهن يتم الاستيفاء فيما انقضى ضمانه بالقبض وقد بطل المقدم الموجب للاستيفاء فيلزمه رد المستوفى كما لو استوفاه حقيقة والله أعلم

باب الصرف في المعادن و تراب الصواغين -

قال رحمه الله ذكر حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال كان أهل الجاهلية إذا هلك الرجل في البئر جملوها عقله وإذا جرحته دابة جملوها عقله وإذا وقع عليه معدن جملوه عقله فسألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال المصماء جرحها جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس قالوا وما الركاز قال لذهب الذي خلقه الله تعالى في الأرض يوم خلقها والمراد بالجماء الدابة لأنها بهيمة لا تنطق ألا ترى أن الذي لا يفصح يسمى أعجمياً والجبار الهدر وفيه دليل أن فعل الدابة هدر لا به غير صالح بأن يكون موجبا على صاحبها ولا ذمة لها في نفسها وفي بعض الروايات قال والرجل جبار والمراد أن الدابة إذا رحت برجلها فلا ضمان فيه على السائق والقائد لأن ذلك لا يستطاع الامتناع منه بخلاف ما لو كدمت الدابة أو ضربت باليد حيث يضمن لأن في وسع الركب أن يمنعه بأن يرد لجامه وأما البئر والمعدن فجبار لأن سقوطه بعمل من يماله فيكون كالجاني على نفسه وفيه دليل لتأني وجوب الخمس في المعدن

فقد أوجب رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمس في الركاز ثم فسر الركاز بالمعدن وهو الذهب
 المخلوق في الأرض حين خلقت فإن الكنز موضوع العباد واسم الركاز يتناولهما لأن الركز
 هو الأثبات يقال ركز ربحه في الأرض وكل واحد منهما مثبت في الأرض خلقة أو وضعا
 وعن عامر رحمه الله قال وجد رجل ألف درهم وخمسمائة درهم في قرية خربة فقال علي رضي
 الله عنه سأقضى فيها قضاء بيننا انت كنت وجدتها في قرية يؤدي خراجها قوم فهم أحق
 بها منك وان كنت وجدتها في قرية ليس يؤدي خراجها أحد فخمسها لبيت المال وبقيتها لك
 وستتمها لك فجعل السكل له وفيه دليل لابي حنيفة ومحمد رحمهما لله عى ان واجد الكنز في
 ملك الغير لا يملكه ولكن يردّها على صاحب الخطّة وهو أول مالك كان لهذه الأرض بعد
 ما افتتحت وفيه دليل وجوب الخمس في الكنز وان للامام أن يضع ذلك في الواحد اذا رآه
 محتاجا اليه وله أن يضع ذلك في بيت المال كما رواه عن علي رضي الله عنه في الحديث الآخر
 قال ان كانت قرية خربت على عهد فارس فهم أحق به وان كانت عادية خربت قبل ذلك
 فهو للذي وجده فوجدوها كذلك فأدخل خمسة بيت المال وأعطى الرجل بقيته وعن مسروق
 ان رجلا وجد كنزا بالمداين فدفعه الى عامله فأخذه كله فبلغ ذلك عائشة رضي الله عنها فقالت
 بفيه الكشكش يعني التراب فهل لأخذ أربعة أخماس المال ودفع اليه خمسة وهذا مش في العرب
 معروف للجانب المخطئ في عمله وهو مراد عائشة رضي الله عنها بما قالت يعني انه خاب
 وخسر خطئته فيما صنع في دفعه السكل الى العامل فقد كان له أن يخفى مقدار حقه في ذلك ولا
 يدفع الى العامل الا قدر الخمس وعن جبلة بن حميد عن رجل منهم خرج في يوم مطير الى
 دير خربة فوَقعت فيه ثلثة فاذا استوقفة أو جرة فيها أربعة آلاف مثقال ذهب قال فأتيت بها
 عليا رضي الله عنه فقال أربعة أخماسها لك والخمس الباقي منه اقسمه في فقراء أهلك وهذا
 دليل على جواز وضع الخمس في قرابة الواحد وان للامام أن يفوض ذلك اليه كما له أن
 يفعله بنفسه لأن خمس الركاز في معنى خمس الغنيمة ووضع ذلك في قرابة الغانمين جائز اذا
 كانوا محتاجين اليه وعن الحارث الأزدي قال وجد رجل ركازا فاشتراه منه أبي بمائة شاة
 تببيع فلامته امي وقالت اشتريته بثلاثمائة أنفسها مائة وأولادها مائة وكفاتها مائة فتقدم
 الرجل فاستقا له فأبى أن يقيله فقال لك عشر شياه فأبى فقال لك عشرة أخرى فأبى فمالج
 الركاز فخرج منه قيمة ألف شاة فأتاه الآخر فقال خذ غنمك واعطني مالى فأبى عليه فقال

لا ضرر لك فأنتي عليا رضى الله عنه فذكر ذلك له فقال على رضى الله عنه اذ خمس ما وجدت
للذي وجد الركاز قاما هذا فانما أخذ ثمن غنمه وفيه دليل على ان بيع المعدن بالعروض جائز
وقوله بمائة شاة تباع أى كل شاة يتبعها ولدها وهى حامل بأخرى وهذا معنى ملامها اياه
حيث قالت اشتريتها بثلاثمائة والمراد بقولها وكفايتها حملها وقيل المراد لبنا وفيه دليل على
ان المتصرف لا ينبغي له أن يبنى تصرفه على رأى زوجته فانه ندم بناء على رأيها ثم خرج له
منه قيمة ألف شاة وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم شاوروهن وخالفوهن وفيه دليل
على أن خمس الركاز على الواجد دون المشتري وان بيع الواجد قبل أداء الخمس جائز فى
الكل فيكون دليلا لنا على جواز بيع مال الزكاة بعد وجوب الزكاة فيه وفيه دليل على انه
لا ينبغي للدرء أن يقصد الاضرار بالغير فيكون ذلك سببا للحقوق الضرر به كما ابتلى به
هذا الرجل وهذا معنى ما يقال من حفر مهواة وقع فيها ويقال المحسن يجزى باحسنه والمسيء
ستلقه مساويه وعن الشعبي قال لا خير فى بيع تراب الصواعين وهو غرر مثل السمك فى
الماء وبه نأخذ فالمقصود ما فى التراب من الذهب والفضة لا عين التراب فانه ليس بمقوم وما
فيه ليس بمعلوم الوجود والصفة والقدر فكان هذا بيع الغرر ونهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن بيع فيه غرر ولكن هذا اذا لم يعلم هل فيه شيء من الذهب والفضة أم لا
فان علم وجود ذلك فبيع شيء منه معين بالعروض جائز على ما بينه ان شاء الله وعن عبد الله
ابن عمر رضى الله عنه قال سمعت رجلا من مزينة يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما
يوجد فى الطريق العام فقال صلوات الله عليه عرفها حولا فان جاء صاحبها والا فهى لك
وفيه دليل على ان الملتقط عليه التعريف فى اللقطة وبظاهره يستدل الشافعى ويقول له ان
يملكها بعد التعريف وان كان غنيا ولكننا نقول مراده فاصرفها الى حاجتك لانه صلى الله
عليه وسلم علمه محتاجا وعندنا للفقير أن ينتفع باللقطة بعد التعريف قال فان وجدها فى الحرب
المادى قبها وفى الركاز الخمس والمراد بالركاز المعدن لانه عطنه على الكنز وانما يعطف الشيء
على غيره لا على نفسه وكل من احتقر من المعدن فمليه خمس ما وجد وله أربعة أخماسه لما روينا
من الآثار قال وأكره أن تقاسموا التراب ولا أجيزه وان فعلوا حتى تخلص تقاسونه على ما
يخلص من ذلك لما بينا ان المقصود ما فى التراب وحققهم فى ذلك سواء وعند قسمة التراب
لا يعلم مقدار ما يصل من المقصود الى كل واحد منهم فهم فى معنى قسمة الذهب والفضة مجازفة

وذلك لا يجوز كما لا يجوز البيع فيه مجازفة بحسنه. ولو اشترى معدن فضة بفضة لم يجوز لانه لا يدري أن ما في تراب المعدن من الفضة مثل الفضة الاخرى أو أقل أو أكثر والاخذ بالاحتياط في باب الربا واجب قال ابن مسعود رضي الله عنه كئاندى تسعة أعشار الحلال مخانة الحرام وقال صلى الله عليه وسلم ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء الا وقد غلب الحرام الحلال وقال فى الربا من لم يأكله أصابه من غباره وكذلك ان اشتراه بذهب أو فضة فلعل ما فى التراب من الفضة مثل المنفصل فيكون الذهب ربلا لانه فضل خال عن العوض فالتراب ليس بمقوم. وان اشتراه بذهب جاز لان ربا الفضل لا يجوز عند اختلاف الجنس وكان بالخيار اذا خلص ذلك منه ورأى ما فيه لانه انما كشف له الحال الآن ولا يتم ربحه الا بذلك فكان الخيار اليه كن اشترى شيئا لم يره. وكذلك لو اشتراه بمرض وكذلك تراب معدن من الذهب اذا اشتراه بذهب لم يجوز وان اشتراه بفضة أو عرض جاز لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس واذا احتقر موضعا من المعدن ثم باع تلك الحفرة فان بيعه باطل لانه باع ما لا يملك فان تلك الحفرة لم يملكها بمجرد الحفر لان الملك انما يثبت بالاحراز وهو لم يحزره فان احرازه فيما رفع من التراب دون الباقي فى مكانه فهو كبيع صخرة من الجبل قبل أن يحزرها ويخرجها وتأويل حديث على رضي الله عنه أن الرجل كان أحرز بعضها فباع ذلك المحرز بمائة شاة وباع له الباقي ولهذا قال على رضي الله عنه ادخس ما وجدت من الركاز بغير ما أحرزته وكذلك ان أعطاهما رجلا على أن يعرضه منها عوضا فهو باطل لانه ملك ما لا يملك واشتراط العوض عليه فى اخراج المباح وذلك باطل فرجع فى عرضه وما احتقر الرجل من الحفرة فأحرزه فهو له بالاحراز وعليه الخمس فى ذلك. وان استأجر الرجل الأجير يعمل معه بتراب معدن معروف فهو جائز اذا كان يعلم أن فيه شيئا من الذهب أو الفضة لان جهالة مقداره لا تفضي الى المنازعة لما كان التراب معينا معروفا وله الخيار اذا رأى ما فيه كن أجر نفسه بعوض لم يره فهو بالخيار اذا رآه. وان استأجره بوزن من التراب مسمى بغير عينه لم يجوز لان المقصود ما فى التراب وذلك لا يصير معلوما بذكر وزن التراب فقد يكثر ذلك فى البض ويقل فى البض الآخر وينعدم فى البض وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة. وكذلك لو اشترى عرضا بوزن من التراب بغير عينه فهو باطل لما قلنا وان كان لرجل على رجل دين فاعطاه به ترابا بعينه يدا بيد فان كان الدين فضة فاعطاه تراب فضة لم يجوز اتوهم الفضل فيما أعطاه وان

أعطاه تراب ذهب أو تراب جاز لا اختلاف الجنس وهو بالخيار اذا رأى ما فيه . واذا استقرض الرجل من الرجل تراب ذهب أو تراب فضة فانما عليه مثل ما يخرج من ذلك التراب من الذهب والفضة بوزنه لان المقصود ما فيه واستقرضه جائز فيكون مضمونا بالمثل والقول فيه قول المستقرض لانه منكر للزيادة التي يدعيها المقرض وان كان استقرض التراب على ان يعطيه ترابا مثله لم يجز معناه أن الشرط لا يجوز لأن في هذا الشرط زيادة أو نقصانا فيما استقرضه مما هو المقصود ومثل هذا الشرط في القرض باطل وكذلك لو اشتراه شراء فاسدا واستهلك التراب فله مثل ما فيه من ذهب أو فضة والقول في مقداره قول الضامن لان العقد لا يتناول عين التراب لانه ليس بمقوم وانما يتناول ما فيه وان اشترى تراب فضة بتراب فضة أو تراب ذهب بتراب ذهب لم يجز تساويا أو تفاضلا لأن العقد عليه ما في التراب وبالمساواة في وزن التراب لا تحصل المائلة فيما هو المقصود وهو شرط جواز العقد وان اشترى تراب ذهب بتراب فضة جاز كما يجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكل واحد منهما بالخيار اذا رأى ما فيه لان المقصود صار معلوما له الآن والله أعلم

باب صرف القاضى

قال رحمه الله وحكم القاضى في الصرف وحكم وكيله وأمينه لحكم سائر الناس لانه فيما مباشر من العقود ليس بقاض وان كان قاضيا فباشرة المقصد على وجه القضاء تستدعى من الشرائط ما تستدعيه مباشرة لا على وجه القضاء وان كان لليتم دراهم فصرفها الوصي بدنانير من نفسه بسعر السوق لم يجز لانه ليس في هذا الصرف منفعة ظاهرة لليتم وهو شرط نفوذ تصرف الوصى فيما يعامل نفسه وكذلك لو كان في حجره يتيمان لاحدهما دراهم والاخر دنانير فصرفها الوصي بينهما لم يجز لانه ان نفع أحدهما فقد أضربا لآخر وهو لا يفرد بالتصرف الا بشرط منفعة ظاهرة واذا اشترى من مال اليتيم شيئا لنفسه نظرت فيه فاذا كان خيرا لليتم امضيت البيع فيه والا فهو باطل وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله وفي قوله الاول وهو قول محمد لا يجوز أصلا للآثر الذى روينا عن ابن مسعود رضى الله عنه والمسئلة المذكورة في كتاب الوصايا أما أبو الصبي أو جده أبو أيه بعد موت الاب فلا يملك التصرف مع نفسه بمثل القيمة لان شفقته تحمله على أن لا يترك

النظر له فلا حاجة فيه الى المنفعة الظاهرة لليتيم بخلاف الوصي وان اشترى تراب الصواغين بذهب أو فضة أو بذهب وفضة فلا خير فيه لأنه لا يدري لعل فيه من أحد التقدين خاصة مثل الذي بمقابلته من ذلك النوع فيكون النوع الآخر ربا وان اشتراه بغير الفضة والذهب جاز وله الخيار اذا رآه وعلم ما فيه لان المقصود الآن صار معلوما له وكذلك اذا كان يعلم ان فيه ذهبا وفضة فاشتراه بذهب وفضة يجوز على ان يصرف الجنس الى خلاف الجنس وقد يننا نظيره في بيع الجنس بجنس وان اشتراه بسيف محلي أو منطقة مفضضة أو قلادة فيه اذهب ولولوا وجوه فلا خير فيه لان من الجائز أن ما في التراب مثله الحلية فيبقى السيف ربا وان علم أن فيه ذهبا وفضة فلا بأس بأن يشتريه بفضة وجوهرا وبذهب وعرض من العروض على ما بينا أن تصحيح العقد هنا ممكن بأن يصرف المثل الى المثل والباقي بازاء العروض والحكم في تراب معدن فضة ومعدن ذهب يشتريهما رجل جميعا على ما بينا في تراب الصواغين لاشتمال التراب على الذهب والفضة جميعا وشرط الخيار في ذلك كله مفسد للبيع وكذلك التفرق قبل القبض لان العقد صرف باعتبار المقصود وهو ما في التراب. ولو اشترى ذهبا وفضة لا يعلم وزنها بفضة وذهب لا يعلم وزنها جاز بطريق صرف الجنس الى خلاف الجنس ولا يجوز بيع العطاء والرزق فالرزق اسم لما يخرج للجن من بيت المال عند رأس كل شهر والعطاء اسم لما يخرج له في السنة مرة أو مرتين وكل ذلك صلة يخرج له فلا يملكها قبل الوصول اليه وبيع مالا يملك المرء لا يجوز وكذلك ان زيد في عطائه فباع تلك الزيادة بالعروض أو غيرها فهو باطل وهو قول الشعبي وبه نأخذ وكان شريح يجوز بيع زيادة العطاء بالعروض ولستأنا نأخذ بهذا الآن زيادة العطاء كأصله في انه لا يملكه قبل القبض ولو كان مملوكا له كان ديننا وبيع الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فاذا لم يحز هذا فيما هو دين حقيقة فكيف يجوز في العطاء ولكن ذكر عن ابراهيم وشريح رحمهما الله انهما كانا يجوزان الشراء بالدين من غير من عليه الدين وقد بينا أن زفر أخذ بقولهما في ذلك والله أعلم

باب الاجارة في الصياغة

قال رحمه الله وان استأجر أجيرا بذهب أو فضة يعمل له في فضة معلومة يصوغها صياغة معلومة فهو جائز وكذلك الحلي والآنية وحلية السيف والمناطق وغيرها لانه استأجره لعمل

معلوم ببدل معلوم فلا اشترط المساواة بين الاجرة وبين ما يعمل فيه من الفضة في الوزن لان ما يشترط له من الاجرة بمقابلة العمل لا بمقابلة محل العمل وكذلك اذا استأجره ليخلص له ذهباً أو فضة من تراب الصواعين أو تراب المعادن اذا اشترط من ذلك شيئاً معلوماً لان مقدار عمله بعد تعيين المحل معلوم عند أهل الصنعة على وجه لا يمكن فيه منازعة وكذلك ان استأجره لينفض له حلياً أو بنقش بنقش معروف فذلك جائز لان العمل معلوم والبدل بمقابته معلوم وكذلك ان استأجره ليموه له جلاماً فان اشترط ذهب التمويه على الذي يأخذ الاجر فلا خير فيه لأن مقدار ما يحتاج اليه من الذهب للتمويه غير معلوم ولأن العقد في ذلك صرف فلا بد من التقابض في المجلس ولم يوجد وان استأجره بدراهم ليموه له حرزاً بقيراط ذهب فهذا باطل إلا أن يقبض الدرهم ويقبض ذلك القيراط ثم يرده اليه ويقول موه به وكذلك ان استأجره بذهب أكثر من ذلك فإنه لا يجوز إلا أن يتقابض لأن العقد في الذهب صرف ولو استأجره بعرض أو بشيء من المكيل أو الموزون بعينه على أن يموه له ذلك بذهب أو فضة مسمى فهو جائز لأن بعض العرض بمقابلة الذهب المسمى يكون تبعاً والقبض في المجلس ليس بشرط في بيع الممين بالدين وبفضة بمقابلة العمل وهي اجارة صحيحة فان عمله فقال المستأجر لم يدخل فيه ما شرطت لي وقال الآخر قد فعلت فاقول قول المستأجر مع يمينه لانكاره القبض في بعض ما استحقه بالبيع ثم يعطى الموه قيمة ما زاد التمويه في متاعه الا أن يرضى أن يأخذ بقوله لانه أقام أصل العمل ولكنه غيره عن الصفة المشروطة عليه فان رضى بأن يأخذ بقوله فقد وجد ابقاء المشروط والا فعليه قيمة ما زاد التمويه في متاعه وقد بينا نظائره في باب الاستصناع من كتاب الاجارات في مسألة الصياغ وان استأجره بحمل له مالا من أرض الى أرض أو ذهباً أو فضة مسماة فهو جائز وكذلك تراب المعادن أو تراب الصياغة لانه عمل معلوم ببيان المسافة والمحمول وكذلك لو استأجره لبيع له ذلك شهراً فالمعقود عليه منافعه وهي معلومة ببيان المدة بخلاف ما لو استأجره لبيع هذا العبد بعينه حيث لا يجوز لأن الاجارة وردت على البيع والبيع ليس في وسعه فهو بمنزلة ما لو استأجر إنساناً للتذرية ولم يبين المدة حيث لا يجوز ولو استأجره يخفر له في هذا المعدن عشرة أذرع بكذا فهو جائز ولو استأجره لينقى تراب المعدن أو تراب الصياغة بنصف ما يخرج منه كان فاسداً لان الاجر مجهول ووجوده على خطر وهو استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون

بمعنى قفيز الطحان فله أجر مثله لانه أو في المنفعة به قد فاسد وان استأجر انا فضة أو حلي ذهب يوما بذهب أو فضة جازلاً للمستأجر منتفع به لبسا أو استعمالاً والبدل بمقابلة المنفعة دون العين فلا يتحقق الربا فيه ولو استأجر منه ألف درهم أو مائة دينار بدرهم أو ثوب لم يجوز قال لانه ليس باناء يريد أنه لا ينتفع به مع بقاء عينه ومثله لا يكون محلاً للاجارة وانما يرد عقد الاجارة على ما ينتفع به مع بقاء عينه وقد بينا أن الاعارة في الدراهم والدنانير لا تتحقق ويكون ذلك قرضاً فكذلك الاجارة ولو استأجر سيفاً على أو منطقة أو سرجاً مدة معلومة بدرهم أكثر مما فيه أو أقل فهو جائز لأن الانتفاع بهذه الأعيان مع بقاء العين ممكن والبدل بمقابلة المنفعة دون الحلية ولو استأجر صائغاً يصوغ له طوق ذهب بقدر معلوم وقال زد في هذا الذهب عشرة مثاقيل فهو جائز لانه استقرض منه تلك الزيادة وأمره أن يخلطه بملكه فيصير قابضاً كذلك ثم استأجره في اقامة عمل معلوم في ذهب له ولأن هذا معتاد فقد يقول الصائغ لمن يستعمله أن ذهبك لا يكفي لمن تطلبه فيأمره أن يزيد من عنده واذا كان أصل الاستصناع يجوز فيما فيه التعامل فكذلك الزيادة فان قال قد زدت فيه عشرة مثاقيل وقال رب الطوق انما زدت فيه خمسة فان لم يكن محشوا بوزن الطوق ليظهر به الصادق منهما فان كان محشوا فالقول قول رب الطوق مع يمينه لانكاره القبض في الزيادة على خمس مثاقيل الا ان يشأ الصائغ أن يرد عليه مثل ذهبه ويكون الطوق للصائغ لأن الطوق في يده وهو غير راض بآلة يده عنه مالم يعطه عشرة مثاقيل وقد أتمر ذلك بيمين رب الطوق فكان للصائغ أن يمسك الطوق ويرد عليه مثل ذهبه قال وهذا لا يشبه الأول يريد به مسألة الحرز فقد بينا هناك ان الخيار لصاحب الحرز لان ذهب التمويه صار مستهلكاً لا يتخلص من الحرز بمنزلة الصبيغ في الثوب فكان الخيار لصاحب الحرز وهنا عين ما زاد من الذهب قائم في الطوق فالصائغ فيه كالبايع فيكون له أن يمتنع من تسليمه مالم يصل اليه كمال الموض وان أمر الصائغ أن يصوغ له خاتم فضة فيه درهم بنصف درهم وأراه القدر وقال لتكن الفضة على قرص من عندك لم يجوز لأن الفضة للصائغ كلها والمستقرض لا يصير قابضاً لها فيبقى الصائغ عاملاً في ملك نفسه ثم بالثمن منه الفضة بأكثر من وزنها وذلك لا يجوز بخلاف الاول فهناك المستقرض يصير قابضاً للذهب يخلطه بملكه فانما يكون الصائغ عاملاً له في ملكه فلماذا يستوجب الأجر عليه وفي مسألة الخاتم يفسد أيضاً لعله أخرى وهو انه صرف بالنسيئة وذلك لا يجوز سواء كان

مثل وزنه أو أكثر والله أعلم

باب النصب في ذلك

قال رحمه الله رجل غصب رجلا قلب فضة أو ذهب فاستهلكه فعليه قيمته مصوغا من خلاف جنسه عندنا وعند الشافعي عليه قيمته من جنسه بالغة ما بلغت لأن من أصله أن للجودة والصنعة في الذهب والفضة قيمة وإن قوبلت بجنسها وعندنا لا قيمة للجودة والصنعة عند مقابلتها بجنسها فلو ضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت أدى إلى الربا وإن ضمن مثل وزنها ففيه إبطال حقه في الصنعة فلمراعاة الجانبين قلنا يعتبر قيمتها من خلاف جنسها وعند الشافعي رحمه الله يضمن قيمتها من جنسها بالغة ما بلغت لأن للصنعة عنده قيمة وإن قوبلت بجنسها والربا إنما يكون شرطا في العقد فاما في ضمان المنصوب والمستهلكات فلا يتمكن الربا بناء على أصله أن ضمان النصب لا يوجب الملك في المضمون وعندنا يوجب الملك وقد تقدم بيان الأصلين في كتاب البيوع والنصب والقول في الوزن والقيمة قول الناصب مع يمينه لأنه منكر الزيادة والطالب مدع لذلك فعليه البينة وكذلك الرجل يكسر اناء فضة أو ذهب لرجل فعليه قيمة من خلاف جنسه سواء قل النقصان بالكسر أو أكثر لأن إيجاب ضمان النقصان عليه متعذر فإن الوزن باق بعد الكسر ولا قيمة للصنعة بانفرادها ولو رجع بضمان النقصان كان أخذنا عين ماله وزنا مع زيادة وتلك الزيادة ربا فلمراعاة حقه في الصنعة قلنا يضمنه القيمة من خلاف جنسه ويدفع المكسور إليه بالضمان وإن شاء أمسك المكسور ولم يرجع بشيء لأن شرط التضمن تضمين المكسور إليه فإذا أتى ذلك كان مبرئاً له بخلاف الثوب إذا أحرقه فهناك بالحرق اليسير يضمنه النقصان فقط وفي الحرق الفاحش له أن يمسك الثوب ويضمنه النقصان لأن الثوب ليس بمال الربا فكانت الصنعة فيه متقومة فإيجاب ضمان النقصان فيه لا يؤدي إلى الربا فإن قضي القاضي عليه بالقيمة وافترقا قبل أن يقبضها فذلك لا يضر عندنا وعلى قول زفر رحمه الله يبطل قضاء القاضي بافتراقهما قبل القبض لأن ما جرى بينهما صرف فإن تملك الفضة المكسوة بالذهب والتقاوض في المجلس شرط في الصرف ولا جله يثبت حكم لربا فيه حتى لا يقوم بجنسه فكذلك يثبت حكم التقاوض وبأن كان يجبر عليه في الحكم لا ينعدم معنى الصرف فيه في حكم التقاوض في المجلس كمن اشترى دارا بعمد وفي الدار

صفائح من ذهب ثم حضر الشفيع وقضى القاضى له بالشفعة بقيمة العبد يشترط قبض حصّة الصفائح في المجلس لان العقد فيه صرف . وحجتنا في ذلك أن استرداد القيمة عند تعذر رد العين كاسترداد العين فان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو قضى القاضى على الغاصب بردين القلب لا يشترط القبض في المجلس فكذلك اذا قضى برد القيمة عند تعذر رد العين وهذا لان الغصب ليس بسبب موجب للملك وانما هو موجب للضمان ثم ثبوت الملك في المضمون شرطا لتقرر حقه في القيمة وشرط الشيء يتبعه واذا كان باعتبار ماهو الاصل لا يجب التفاضل فكذلك باعتبار البيع بخلاف البيع فانه سبب الملك في البدلين وهو نظير ما لو قال لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال اعتقت لا يشترط القبول فيه وان كان ذلك شرطا في البيع ان كان مقصودا لان اندراج البيع هنا بطريق انه شرط للعتق وبه فارق الشفعة فالشفيع يملك الدار ابتداء بما يعطى من قيمة العبد بدل الدار في حقه فلو جود المبادلة مقصودا شرطنا قبض حصّة الصفائح في المجلس يوضح ما قلنا ان اشتراط القبض في الصرف للتعين من حيث ان كل واحد من الموضين فيه يجوز أن يكون غير معين في الابتداء وهذا لا يوجد في الغصب فالغصب والاستهلاك لا يرد ان الا على معين فلا معنى لاشتراط القبض هنا للتعين ومعنى المبادلة فيه غير مقصودة . يوضحه انه لو انتقض القضاء بالاقتراق عن المجلس احتاج القاضي الى اعادته بعينه من ساعته فيكون اشتغالا بما لا يفيد وكذلك ان اصطلاحا على القيمة فهو على الخلاف لانها فعلا بدون القاضي عين ما يأمر به القاضي أو رفا الامر اليه ولو أجل القيمة عنه شهرا جاز ذلك ايضا عندنا خلافا لفر وقد بينا هذا الخلاف في التأجيل في الغصب والمستهلكات انه يلزمه عندنا خلافا لفر فعنده هذا التأجيل باطل لمعين أحدهما ان قبض القيمة في المجلس عنده واجب والثاني ان بدل الغصب والمستهلك عنده كبذل القرض فلا يثبت فيه الاجل وعندنا قبض القيمة في المجلس ليس بواجب والقيمة دين حقيقة وحكما بالتأجيل . بل يلزم كالتن في البيع واذا استهلك أثناء من نحاس أو حديد أو رصاص كان ضامنا لقيمته دراهم أو دنانير لان الاناء ليس من ذوات الأمثال بخلاف تبر الحديد والنحاس فهو موزون من ذوات الأمثال فيكون مضمونا بالمثل على المستهلك وفي الآنية يقضى القاضي بالقيمة ان شاء من الدراهم وان شاء من الدنانير لان الاشياء بهما تقوم وبأيهما قوم هنا لا يؤدي الى الزبا ولكنه ينظر ان كان يساع ذلك بالدراهم يقضى بقيمته

دراهم وان كان بالدنانير فبالدنانير وكذلك السيف والسلاح وكذلك لو كسره أو هشمه هشما
يفسده فان كان هشما لا يفسده ضمنه النقصان ان كان لا يباع وزنا لانه ليس بمال الربا حتى
يجوز بيع الواحد منه بالآخرين يدا بيد مكان كالثوب وقد بينا الفرق بين هذا أو الاواني
المتخذة من الذهب والفضة ان بالصنعة هناك لا تخرج من أن تكون موزونة باعتبار النص
فيهما والمعتبر فيما سواهما العرف واذا كسر اناء فضة لرجل واستهلكه صاحبه قبل أن يعطيه
اياه فلا شيء لصاحبه على الذي كسره لان شرط التضمن تسليم المكسور اليه وقد فوته
بالاستهلاك ولو غصب اناء فضة فكسره وصاغه شيئاً آخر فللمغصوب منه أن يأخذه عند
أبي حنيفة وعندهما لا يأخذه ولكن يضمنه قيمة الاول مصوغاً وقد بينا المسئلة في كتاب
النصب وان غصبه دراهم أو دنانير فأذا بها كان لصاحبها أن يأخذها ان شاء وان شاء ضمن
الناصب مثل ما غصبه لانه بالاذابة ما أحدث فيها صنعة وانما فوت الصنعة وبه لا يملك
المغصوب كما لو قطع الثوب ولم يخطه واذا غصب درهما فالتقاء في دراهم له فعليه مثله لانه خلط
المغصوب بماله خلطاً يتعذر على صاحبه الوصول الى عينه فيكون مستهلكاً ضامناً لمثله والمخلوط
يصير مملوكاً له عند أبي حنيفة وعندهما لصاحبه الخيار بين التضمن والشركة وكذلك الخلاف
في كل ما يخلط وقد بيناه في النصب وان غصب فضة وسبكها في فضة له حتى اختلطاً فعليه مثل
ما غصب وكذلك لو غصب دراهم لرجل ودراهم لاخر فخلطهما خلطاً لا يمكن تمييزه أو سبك
ذلك كله فهو ضامن لمال كل واحد منهما والمخلوط له بالضمان وعندهما لكل واحد منهما
الخيار بين التضمن والشركة ولو غصب دراهم أو دنانير فخلطها عروة في قلادة فهذا استهلاك
وعلى الناصب مثلها لانه صيرها وصفاً من أوصاف ملكه حتى يدخل في بيع ملكه من غير
ذكر وقد غصبها مقصوداً بنفسه فإذا صار ذلك مستهلكاً فعليه وجب عليه ضمان المثل فهو نظير
الساحة اذا أدخلها الناصب في بناءه واذا رد الناصب أجود مما غصب أو أردأ منه ورضى به
المغصوب منه جاز لانه أبراه من صفة الجودة حين رضي بالأردأ ولو أبراه عن بعض القدر
جاز فكذلك عن الصفة وفي الاجود أحسن الناصب في قضاء ما عليه وذلك مندوب اليه
كما لو أرجع ولا يشترط رضا المغصوب منه بالأجود إلا على قول زفر وقد بيناه في البيوع
وان غصبه ألف درهم ثم اشتراها منه بمائة دينار ونقصه الدنانير والدراهم قائمة في منزل
الناصب أو مستهلكة فهو سواء وهو جائز أما بعد الاستهلاك فلانه قابض لبدل الدنانير

بذمته وفي حال قيام العين هو قابض لها بيده لانها مضمونة في يده بنفسها وهذا القبض ينوب عن قبض الشراء وكذلك لو كان الذي غصبه انا فضة وكذلك لو صالحه عنه على مثل وزنه من جنسه وأعطاه جاز وكذلك لو كان الاناء مستهلكا لان ما اشرنا اليه من المعنى يعم المفصول فان صالحه من الفضة على ذهب بتأخير أو على فضة مثلهما بتأخير كان جائزا عندنا خلافا لفرق وقد بينا أنه لا فرق بين قضاء القاضي بالقيمة عليه وبين تراضيهما عليه بالصلح وهذا لان المنصوب في حكم المستهلك اذا كان لا يتوصل الى عينه فواقع الصلح عليه يكون بدل المنصوب المستهلك وليس هذا كالشيء القائم بعينه يبيعه اياه يعني لو كان قائما بعينه قد أظهره فباعه منه كان هذا صرفا ولا يجوز الايدا بيد لان حقه في استرداد العين اذا كان قائما بعينه فيبيعه منه بخلاف الجنس يكون معاوضة مبتدأة وان كان الاناء غائبا عنه فقال اشترته منك بنسيئة فاني أكره ذلك اذا وقع عليه اسم البيع كرهت منه ما أكره من الصرف لان البيع مبادلة مال بمال قائم فلفظهما دليل على كون الاناء قائما فلا يختلف الجواب بكونه حاضرا أو غائبا والتمسك في الصلح هكذا الا اني استحسن في الصلح اذا كان الاناء مغنيا عنه لانه ليس في نفس الصلح ما يدل على قيامه ومالا يتوصل الى عينه فهو مستهلك حكما أما اذا كان ظاهرا أو هو مقر به فاني أكره الصلح والبيع في ذلك الا على ما يجوز في الصرف فان ما يجري بينهما صرف بزعمهما فيؤخذان بأحكام الصرف فيه والله أعلم

باب الصرف في الوديعة

قال رحمه الله واذا استودع رجل رجلا ألف درهم فوضعهما في بيته ثم التقيا في السوق فاشترها منه بمائة دينار وتقد الدنانير لم يجز ان فارقه قبل أن يقبض الوديعة من بيته لان الوديعة أمانة في بيته والقبض المستحق بالمقد قبض ضمان فقبض الامانة لا ينوب عنه لانه دونه بخلاف قبض النصب ولان يد المودع كيد المودع ألا ترى أن هلاهما في يد المودع كهما في يد المودع فاذا لم يحدد القبض فيها لنفسه حتى افترقا فانما افترقا قبل قبض البديلين وان أودعه سيفا محلي فوضعه في بيته ثم التقيا في السوق فاشتراه منه بثوب وعشرة دراهم ودفع اليه العشرة والثوب ثم افترقا انتقض البيع كله لان السيف في حكم شيء واحد وقد انتقض المقد في حصة الحلية بترك القبض في المجلس لانه صرف فينتقض في الكل لما في

تميز البعض من البعض في التسليم من الضرر . وكذلك لو اشتراه بسيف محلي فدفعه اليه ولم يقبض الوديعة من يته حتى افتراقا فان حلية السيف بحلية السيف لا يجوز لانه صرف وقد انتقض ذلك كله لانه شيء واحد * قال وكان ينبغي أن يكون نصل السيف وحمائله وجفنه بنصل الآخر وحمائله وجفنه فان كان في حلية أحدهما فضل أضيف ذلك الى النصل والحمائل وكان ذلك كله بحمائل هذا ونصله ولكن دع هذا وافسد البيع كله * وحاصل هذا الكلام ان الحلية بمثل وزنها من الحلية ولا تجعل الحلية بمقابلة النصل في العقد لان العقد في الوجهين صحيح وصرف الجنس الى خلاف الجنس لترجيح جهة الجواز على جهة الفساد واذا جاز العقد في الوجهين فانما يقابل الفضة مثل وزنها وهنا العقد جائز ولكن بالافتراق قبل القبض يفسد وانما يحتال لتصحيح العقود لا لانها بعد صحتها واذا فسد العقد في حصة الصرف يفسد فيما بقي أيضا لما يكون على كل واحد منهما من الضرر في تميز البعض من البعض في التسليم ولو قبض كل واحد منهما قبل أن يفتراق كان جائزا وتكون فضة كل واحد منهما بفضة الآخر وحمائل كل واحد منهما ونصله بحمائل الآخر ونصله فان كان في الحلية فضل أضيف الفضل الى الحمائل من الجانب الآخر والنصل وهذا مثل رجل باع لرجل ثوبا ونقرة فضة بثوب ونقرة فضة فالثوب بالثوب والفضة بالفضة لان الفضة يقابلها في العقد مثل وزنها من الفضة وذلك حكم ثابت بالنص فيكون أقوى من شرط المتعاقدين فان كان فيه فضل من أحد الجانبين فهو مع الثوب بالثوب الآخر كرجل اشترى نقرة وزن عشرة دراهم وثوبا بشاة وأحد عشر درهما فعشرة بعشرة ودرهم ومساواة بالثوب فان تفرقا قبل القبض انتقض من ذلك عشرة بعشرة وجاز في الشاة والدرهم والثوب لان العقد في ذلك ليس بصرف وتميز البعض عن البعض ممكن من غير ضرر فالفساد لمعنى طارئ في البعض لا يمتد الى ما بقي ولو باع ثوبا ودينارا بثوب ودرهم فالثوب بحصة من الثوب والدرهم والثوب الآخر بحصة من الثوب والدينار لانهما جنسان قوبلا بجنسين فليس صرف البعض الى البعض بأولى من البعض فلان معاوضة يثبت الانقسام باعتبار القيمة فاذا افتراقا قبل التقاض بطلت حصة الذهب من الفضة وحصة الفضة من الذهب لان العقد في ذلك الجزء صرف وجاز البيع في كل واحد من الثوبين بمصاحبه بالحصة التي سميت له ولا خيار له في ذلك لان عيب التمييز فعمل كل واحد منهما وهو ترك القبض والتسليم في بدل الصرف فيكون كل واحد منهما

راضيا بعب التبعيض فلماذا لا خيار لهما في ذلك والله أعلم بالصواب

باب الصرف في الوزنيان

قال رحمه الله رجل اشترى من رجل درهما معه لا يعلم وزنه بدرهم مثل وزنه أجود منه أو أردأ منه فهو جائز لأن شرط الجواز المساواة في الوزن دون العلم بمقدار الوزن ولا معتبر بالجودة والرداءة في المساواة المشروطة في المقدار وكذلك لو قال بعني بهذا الدرهم فضة مثل وزنه لأن الفضة تثبت دينا في الذمة وشرط جواز المقدر وهو المساواة وزنا موجود . ولو اشترى مثقال فضة ومثقال نحاس بمثقال فضة وثلاثة مثاقيل حديد كان جائزا بطريق أن الفضة بمثلها وزنا وما بقي من الفضة والنحاس بالحديد فلا يمكن فيه الربا وكذلك مثقال صفر ومثقال حديد بمثقال صفر ومثقال رصاص فالصفر بمثله والرصاص بما بقي لأن الصفر موزون وقد بينا أن الحكم في مال الربا أنه يقابل الشيء مثله من جنسه فالخاصل أن حكم الربا في الفروع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل لأنه إنما يتعدى إلى الفرع حكم الأصل فكما أن في الذهب والفضة تثبت المقابلة بهذه الصفة عند إطلاق المقدر فكذلك في الفروع وعلى هذا تقول الحديد كله نوع واحد ما يصلح أن يصنع منه السيف وما لا يصلح كذلك ولا يجوز إلا وزنا بوزن لأن الحكم في الفرع يثبت على الوجه الذي يثبت في الأصل وفي الذهب والفضة تجعل أنواع النقرة جنسا واحدا البيضاء والسوداء في ذلك سواء وأنواع الذهب كذلك فكذا الحديد وإن اختلفا قبل التقابض لم يبطل البيع لأن الحديد يتعين بالتميين بخلاف الذهب والفضة وقد بينا في البيوع الفرق بين الصرف وغيره من البيوع في الأموال الربوية في اشتراط القبض وكذلك الرصاص القلعي بالأسرب فهذا رصاص كله يوزن ولكن بعضه أجود من بعض وبالجودة والرداءة لا يختلف الجنس ولا بأس بالنحاس الأحمر بالشبه والنحاس أثنان يدا بيد من قبيل أن الشبه قد زاد فيه الصبغ فيجعل زيادة النحاس من أحدا الجانبين بزيادة الصبغ الذي في الشبه قال ولا خير فيه نسيئة لأنه نوع واحد وبزيادة الصبغ في الشبه لا يتبدل الجنس ولأنه موزون متفق في المعنى والوزن بهذه الصفة يحرم النساء ولا بأس بالشبه بالصفر الأبيض يدا بيد الشبه واحد والصفر اثنان لما في الشبه من الصبغ ولا خير فيه نسيئة لأنه موزون متفق في المعنى وكذلك

الصفير الابيض لا بأس به واحدا منه بائنين من النحاس الاحمر لان الصفير الابيض فيه رصاص قد اختلط به فباعثاره يجوز العقد ولا خير فيه نسيئة لانه موزون كله . وان افترقا في جميع ذلك وهو قائم بعينه ولم يتقابضا لم يفسد البيع لانهما افترقا عن عين بعين وكل ما لم يخرج بالصنعة من الوزن في المعاملات لم يبيع بجنسه الا وزنا بوزن سواء لان المصوغ الذي يباع وزنا بمنزلة الثبر . وان اشترى انا من نحاس برطل من حديد بغير عينه ولم يضرب له أجلا وقبض الاناء فهو جائز ان دفع اليه الحديد قبل ان يتفرقا لان الحديد موزون فاذا صحبه حرف الباء وبمقابلته عين كان ثمنا وترك التعيين في الثمن عند العقد لا يضر وان تفرقا قبل أن يدفع اليه الحديد فان كان ذلك الاناء لا يباع في المادة وزنا فلا بأس به لانهما افترقا عن عين بدين وان كان الاناء بوزن فلا خير فيه لانه يبيع موزون بموزون والدينية فيه عفو في المجلس لا بعده واذا افترقا وأحد العوضين دين فسد العقد كما لو كان أحدهما مؤجلا فلو قبض الحديد في المجلس ولم يقبض الاناء حتى افترقا لم يفسد العقد لان ما كان ديننا قد تمين بالقبض قبل الافتراق والاناء عين فترك القبض في المجلس فيه لا يضر وكذلك ان اشترى رطلا من حديد بعينه برطلين من رصاص جيد بغير عينه فالعقد فاسد تقابضا في المجلس أولم يتقابضا لان أحد العوضين مبيع وهو ما لم يصحبه حرف الباء فيكون بائنا ما ليس عنده لا علي وجه السلم ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ومطلق النهي يوجب الفساد والله أعلم

باب الصرف في دار الحرب

قال رحمه الله ذكر عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ربا بين المسلمين وبين أهل دار الحرب في دار الحرب وهذا الحديث وان كان مرسلا فكحول فقيه ثقة والمرسل من مثله مقبول وهو دليل لا يني حنيفة ومحمد رحمهما الله في جواز بيع المسلم الدرهم بالدرهمين من الحربى في دار الحرب وعند أبي يوسف والشافعى رحمهما الله لا يجوز وكذلك لو باعهم ميتة أو قامرهم وأخذ منهم مالا بالتمار فذلك المال طيب له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لأبي يوسف والشافعى رحمهما الله . وحجتهم ما حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه وقع للمشركين جيفة في الخندق فاعطوا بذلك للمسلمين مالا فنهى رسول الله

صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولا معنى لقول من يقول كان موضع الخندق من دار الاسلام
لانا نقول عندكم هذا يجوز بين المسلم والحربي الذي لا امان له سواء كان في دار الاسلام أو
في دار الحرب والمعنى فيه أن المسلم من أهل دار الاسلام فهو ممنوع من الربا بحكم الاسلام
حيث كان ولا يجوز أن يحمل فعله على أخذ مال الكافر بطيية نفسه لانه قد أخذه بحكم المقد
ولان الكافر غير راض باخذ هذا المال منه الا بطريق المقدمه ولو جاز هذا في دار الحرب
لجاز مثله في دار الاسلام بين المسلمين على أن يجعل الدرهم بالدرهم والدرهم بالدرهم * ووجبنا
في ذلك ما روينا وما ذكر عن ابن عباس رضى الله عنه وغيره ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال في خطبته كل ربا كان في الجاهلية فهو موضوع وأول ربا يوضع ربا العباس بن
عبدالمطلب وهذا لان العباس رضى الله عنه بعد ما أسلم رجع الى مكة وكان يربى وكان يخفى
فعله عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينه عنه دل أن ذلك جائز وانما جعل الموضوع
من ذلك ما لم يقبض حتى جاء الفتح وبه نقول وفيه نزل قوله تعالى وذروا ما بقي من الربا قال
محمد وبلغنا ان أبا بكر الصديق رضى الله عنه قبل الهجرة حين أنزل الله تعالى ألم غلبت الروم
قال له مشركو قريش يرون أن الروم تغلب فارس فقال نم فقالوا هل لك أن تخاطبنا على
أن نضع بيننا وبينك خطرا فان غلبت الروم أخذت خطرا وان غلبت فارس أخذنا خطرك
فخاطبهم أبو بكر رضى الله عنه على ذلك ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم وأخبره فقال اذهب
اليهم فزد في الخطر وأبعد في الأجل ففعل أبو بكر رضى الله عنه وظهرت الروم على فارس
فبعث الى أبي بكر رضى الله عنه أن تمال نخذ خطرك فذهب وأخذ فأتى النبي صلى الله عليه
وسلم به فأمره بأكله وهذا القمار لا يحل بين أهل الاسلام وقد أجازاه رسول الله صلى الله عليه
وسلم بين أبي بكر رضى الله عنه وهو مسلم وبين مشركى قريش لانه كان بمكة في دار الشرك
حيث لا يجرى أحكام المسلمين * ولقي رسول الله صلى الله عليه وسلم ركاة باعلى مكة فقال
له ركاة هل لك أن تصارعنى على ثلث غنمى فقال صلوات الله عليه نم وصارعه فصرعه
الحديث الى أن أخذ منه جميع غنمه ثم ردها عليه تكريما وهذا دليل على جواز مثله في دار
الحرب بين المسلم والحربي وهذا لان مال الحربي مباح ولكن المسلم بالاستئمان ضمن لهم أن
لا يخونهم وان لا يأخذ منهم شيئا الا بطيية أنفسهم فهو يتحرز عن الغدر بهذه الأسباب ثم
يملك المال عليهم بالأخذ لاهذه الأسباب وهذا لان فعل المسلم يجب حمله على أحسن

الوجوه ما أمكن وأحسن الوجوه ما قلنا والعرافيون يعمرون عن هذا الكلام ويقولون حل لنا
دماؤهم طلق لنا أموالهم فاعدا عذر الأمان يضرب سبعا في ثمان وتأويل حديث ابن عباس
أنه نهاهم عن ذلك لما رأى فيه من الكبت والغيظ للمشركين ولئلا يظنوا بنا أننا نأثم لهم لطمع
المال وأما التاجران من المسلمين في دار الحرب فلا يجوز بينهما إلا ما يجوز في دار الإسلام
لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم وان ذلك يثبت بالاحراز بدار الإسلام ولا ينعدم
معنى الاحراز بالاستئمان اليهم ولهذا يضمن كل واحد منهما مال صاحبه اذا ألتفه وانما يملك
كل واحد منهما على صاحبه بالعقد الذي باشره ولا يجوز اثبات عقد لم يباشراه بينهما من هبة
أو غيرها وان كان أسلما ولم يخرج احدهما حتى تبايعا بالربا كرهته لهما ولم أرده له وهو قول أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يردده والحكم فيها كالحكم في التاجرين أما على أصل أبي
يوسف فقط فظاهر لانه لا يجوز هذا العقد بين المسلم والحربي فكيف يجوز بين المسلمين
ومحمد يقول مال كل واحد منهما معصوم عن التملك بالأخذ ألا ترى أن المسلمين لو ظهروا
على الدار لا يملكون مالهما بطريق الغنيمة وانما يملك أحدهما مال صاحبه بالعقد بخلاف مال
الحربي وأبو حنيفة يقول بالإسلام قبل الاحراز تثبت العصمة في حق الامام دون الاحكام
ألا ترى ان أحدهما لو ألتف مال صاحبه أو نفسه لم يضمن وهو آثم في ذلك وانما تثبت
العصمة في حق الاحكام بالاحراز والاحراز بالدار لا بالدين لان الدين مانع لمن يعتقده
حقا للشرع دون من لا يعتقده وبقوة الدار يمنع عن ماله من يعتقد حرمة ومن لم يعتقده
فثبتت العصمة في حق الاثم قلنا يكره لهما هذا الصنيع ولعدم العصمة في حق الحكم قلنا لا
يؤمر أن يرد ما أخذه لأن كل واحد منهما انما يملك مال صاحبه بالأخذ فاما اذا ظهر
المسلمون على الدار فانما لا يملكون مال الذي أسلم لانه صار محرزاً ماله بيده ويده أسبق اليه
من يد الغانمين فان دخل تجار أهل الحرب دار الإسلام بأمان فاشتري أحدهم من صاحبه
درهما بدرهمين لم أجز ذلك الا ما أجزه بين أهل الإسلام وكذلك أهل الذمة اذا فعلوا
ذلك لان مال كل واحد منهم معصوم متقوم ولا يملكه صاحبه الا بجهة العقد وحرمة الربا
نابتة في حقهم وهو مستثنى من العهد فان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى نصارى نجران
من أربى فليس بيننا وبينه عهد وكتب الى مجوس هجراما أن تدعوا الربا أو تأذنوا بحرب
من الله ورسوله فالتعرض لهم في ذلك بالمنع لا يكون غدرا بالأمان وهذا لانه يثبت

عندنا انهم نهوا عن الربا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه فباشرتهم ذلك لا تكون
عن تدين بل لنسقى في الاعتقاد والتماطى فيمنعون من ذلك كما يمنع المسلم . واذا تباع أهل
الحرب بالربا في دار الحرب ثم خرجوا فأسلموا أو صاروا ذمة قبل أن يتقاضوا أو يقبض
أحدهما ثم اختصموا في ذلك أبطلته لان العصمة الثابتة بالاحراز كما تمنع ابتداء العقد تمنع
القبض بمحكم العقد وفوات القبض المستحق بالمقد مبطل للعقد والأصل فيه قوله تعالى وذروا
ما بقى من الربا وسببه مروي عن مكحول قال أسلم ثقيف بشرط أن لا يدعوا الربا وكان بنو
عمرو بن عوف يأخذون الربا من بني المغيرة وبنو المغيرة يربون ذلك فلما كان بعد الفتح
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد رضى الله عنه الى مكة أميرا فطلب بنو
عمرو بن عوف ما بقى لهم من الربا وابى ذلك بنو المغيرة فاخصموا الى عتاب رضى الله عنه
فكتب فيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزل الله الآية وكتب بها رسول الله صلى
الله عليه وسلم الى عتاب رضى الله عنه وأمره أن يأمرهم بأن يدعوا لهم ما بقى من الربا أو
يستمدوا للحرب ففرقنا ان الاسلام يمنع القبض كما يمنع ابتداء العقد وكذلك لو اختصموا
بعد التقابض في دار الاسلام فانهم يؤمرون برد ذلك لان التقابض بعد العصمة بالاحراز
كان باطلا شرعاً وكذلك المسلم يبايع الحربى بذلك في دار الحرب ثم أسلم الحربى وخرج
الى دارنا قبل التقابض فان خصمه في ذلك الى القاضي أبطله وان كانا تقابضا في دار الحرب
ثم اختصما لم أنظر فيه ويستوى ان كان المسلم أخذ الدرهمين بالدرهم أو الدرهم بالدرهمين لانه
طيب نفس الكافر بما أعطاه قل ذلك أو كثر واخذ ماله بطريق الاباحة كما قررنا والله أعلم

باب الصرف بين المولى وعبده

قال رحمه الله وليس بين المولى وعبد ربا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين العبد
وسيده ولان هذا ليس يبيع لان كسب العبد لمولاه والبيع مبادلة ملك بملك غيره فأما
جعل بعض ماله في بعض فلا يكون بيعا فان كان عى العبد دين فليس بينهما ربا أيضا ولكن
على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه ولا يسلم له ما لم يفرغ
من دينه كما لو أخذه لا بجهة العقد وسواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو درهمين
بدرهم لان ما أعطى ليس بمعرض سواء كان أقل أو أكثر فمليه رد ما قبض لحق

الفرءاء وكذلك أم الولد والمدير لأن كسبهما للمولى ولا يجوز أن يشتري من مكاتبه الا مثل ما يجوز له مع مكاتب غيره لأن المكاتب أحق بمكاسبه وقد صار بعد الكتابة كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجوزى الربا بينه وبين مولاة كما يجزى بينه وبين غيره الوالدان والولد والزوجان والقرابة وشريك العنان فيما ليس من تجارتها والوصى في الربا بمنزلة الأجنب لأن المداينة تتحقق بين هؤلاء والمماليك بمنزلة الأحرار في ذلك لأنهم يخاطبون بذلك كما يخاطب الأحرار فاما المتفاوضان اذا اشترى أحدهما درهما بدرهمين من صاحبه فليس ذلك منهما بيعا وهو مالهما كما كان قبل هذا البيع لأنهما كشخص واحد في التجارة كما يجزى بينهما لا يكون بيعا والله أعلم

باب الوكالة في الصرف

قال رحمه الله واذا تصارف الوكيلان لم ينبغ لهما أن يفترقا حتى يتقابضا كما لو باشرا العقد لأنفسهما لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد ولا يختلف في ذلك مباشرة لغيره ومباشرة لنفسه ألا ترى انه يستغنى عن اضافة العقد الى غيره ولا يضرهما غيبة الموكلين لأنهما من حقوق العقد كسائر الاجانب وان وكل رجل رجلا بالصرف لم يكن لاحدهما أن يفرد به لانه فوض اليهما ما يحتاج فيه الى رأى ورأى الواحد لا يكون كراى المثنى فان عقدا جميعا ثم ذهب أحدهما قبل القبض بطلت حصته وحصة الباقي جائزة كما لو باشرا العقد لأنفسهما وان وكلنا جميعا رب المال بالقبض أو الاداء وذهب بطل الصرف لوجود الافتراق من العاقدين قبل التقابض ورب المال في حقوق العقد كاجنبى اخر وان وكله في ان يصرف له دراهم بدنانير فصرفها وتقابضا وأقر الذى قبض الدراهم بالاستيفاء ثم وجد فيها درهما زائفا فقبله الوكيل وأقرانه من دراهمه وجعله الموكل فهو لازم للموكل لانه لا قول للقباض فيما يدعى من الزيادة بعد ما أقر باستيفاء حقه وانما يرد على الوكيل باقراره واقاراره لا يكون حجة على الموكل فهذا كان لازما للوكيل * قال وان رده القاضي على الوكيل بينة أو بأداء يمين ولم يكن القبض أقر بالاستيفاء لزم الأمر وفي هذا نظر فان القبض اذا لم يقر باستيفاء حقه ولا باستيفاء الجياد فالقول قوله فيما يدعى أنه زيوف لانه ينكر قبض حقه ولا حاجة له الى اقامة البينة ولا يمين على الوكيل الذى عاقده انما اليمين عليه فان من جعل القول قوله شرعا يتوجه عليه اليمين وانما يرد اذا حلف لا اذا أنى اليمين فمررنا أن هذا الجواب مختل

والصحيح أنه إذا حاف ورده على الوكيل فهو لازم للأم لأنه رده عليه بغير اختياره فيما هو حجة في حق الأمر . وإذا وكله بأن يصرف له هذه الدراهم بدنانير فصرفها فليس للوكيل أن يتصرف في الدنانير لأن الوكالة قد انتهت والدنانير المقبوضة أمانة في يده للموكل فلا يتصرف فيها بغير أمر . وإن وكله أن يشتري له أريق فضة بعينه من رجل فاشتراه بدراهم أو دنانير جاز على الأمر وجاز أن نواه لنفسه لأن مطلق التوكيل بالشراء يتصرف إلى الشراء بالنقد فهو بمنتهى قصد عزل نفسه في موافقة أمر الأمر وليس له أن يخرج نفسه من الوكالة إلا بحضور من الأمر وإن اشتراه بشيء مما يكال أو يوزن بعينه أو بغير عينه لم يجوز على الأمر لأن مطلق التوكيل بالشراء يتقيد بالشراء بالنقد وقد بينا ذلك في البيوع فإذا اشتراه بشيء آخر كان مخالفاً وكان مشترياً لنفسه فإن وكله بفضة له يبيعها ولم يسم له الثمن فباعها بفضة أكثر منها لم يجوز كما لو باعها الموكل بنفسه ولا يضمن الوكيل لأنه لم يخالف والوكيل إنما يضمن بالخلاف لا بفساد العقد والموكل أحق بهذه الفضة من الوكيل بقبض منها وزن فضته لأن فضته صارت ديناً على القابض وقد ظفر بجنس حقه من مال المديون فكان له أن يأخذ من ذلك مقدار حقه والباقي في يد الوكيل حتى يرده إلى صاحبه . وإذا وكل الرجل رجلاً يبيع تراب فضة فباعه بفضة لم يجوز لأنه يقوم مقام الموكل في ذلك فبيعه كبيع الموكل فإن علم المشتري أن الفضة في التراب مثل الثمن وزناً فرضيه قبل أن يفتراً جاز ذلك لأنه لا قيمة للتراب والعلم بالمساواة وزناً في المجلس كالعلم به عند العقد وله الخيار في ذلك لينكشف الحال له كمن اشترى شيئاً لم يره ثم رآه فإن رده بغير حكم جاز على الأمر بمنزلة الرد بخير الشرط والرؤية وإن تفرقا قبل أن يعلم ذلك فالبيع فاسد لأن العلم بالمساواة شرط هذا العقد كالقبض وكما أن القبض بعد الافتراق لا يصلح العقد فكذلك العلم بالمساواة ولو وكله أن يزوجه امرأة على هذا التراب وهو تراب معدن فزوجه به كان جائزاً إن كان فيه عشرة دراهم فضة أو أكثر وكذلك إن كان تراب ذهب وفيه قيمة عشرة دراهم أو أكثر وإن لم يكن فيه عشرة يكمل لها عشرة كما لو فعل الموكل ذلك بنفسه وهذا لأن أدنى الصداق عندنا عشرة دراهم وإن وكله بأن يبيع له شيئاً على فباعه بنسيئة فالبيع فاسد للأجل المشروط في الصرف ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يخالف فالبيع عادة يكون بالنقد والنسيئة وإنما يضمن الوكيل بالخلاف لا بالفساد وكذلك إن شرط فيه الخيار وباعه بأقل مما فيه نقداً

فهو فاسد كما لو باعه الموكل بنفسه ولا ضمان على الوكيل لانه لم يخالفه ولو وكله بحلى ذهب فيه لؤلؤ وياقوت يبيعه له فباعه بدراهم ثم نفرقا قبل قبض الثمن فان كان اللؤلؤ والياقوت ينزع منه بغير ضرر بطل البيع في حصة الصرف لعدم القبض في المجلس وجاز في حصة اللؤلؤ لتمكن التسليم فيه من غير ضرر والبيع في حقه يبيع عين بدين ولا يشترط فيه القبض في المجلس وان كان لا ينزع إلا بضرر لم يجز شيء منه لتعذر تسليم المبيع بغير ضرر ألا ترى ان ييمه ابتداء في هذا الفصل لا يجوز فكذلك لا يبق بخلاف الأول وان وكله أن يشتري له فلوسا بدرهم فاشترها وقبضها فكسدت قبل أن يسلمها الى الأمر فهي للأمر لانه بقبض الوكيل صار قابضا فان الوكيل في القبض عامل له وبالقبض ينتهي حكم العقد فيه فالكساد بعده لا يؤثر فيه ولو كسدت قبل أن يقبضها الوكيل كان الوكيل بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها وقد ذكر قبل هذا أن العقد يفسد بكساد الفلوس قبل القبض استحسانا فقبل التعرّيع المذكور هنا على جواب القياس وقيل مراده من قوله هناك أن العقد يفسد أنه لا يجبر على قبض الفلوس الكاسدة فاما اذا اختار الاخذ فله ذلك كما فسره هنا فقال الوكيل بالخيار فاذا أخذها فهي لازمة له دون الأمر الا ان يشاء الأمر من قبل انها ليست بفلوس حتى كسدت انما هي الآن صفر معناه ليست بفلوس رائجة هي ثمن وذلك مقصود الأمر . وان وكله أن يشتري له عبدا بيمينه فاشتراه ثم وجد به عيبا قبل أن يقبضه الوكيل فالوكيل أن يرده لان الرد بالعيب من حقوق العقد والوكيل فيه كالعاقلة لنفسه فادامت العين في يده فهو متمكن من ردها بدون استطلاع رأى الموكل فان أخذه ورضيه وكان العيب غير مستهلك له فهو لازم للأمر وان كان العيب فاحشا يستهلك العبد فيه لزم الوكيل دون الأمر استحسان ذلك الا أن يشاء الأمر وذكر في السير الكبير أن على قول أبي حنيفة رضي الله عنه العيب اليسير والفاحش فيه سواء وهو لازم للأمر ان اشتراه بمثل قيمته لان أخذه مع العلم بالعيب كشرائه ابتداء مع العلم بالعيب ومن أصل أبي حنيفة رضي الله عنه أن العيب المستهلك لا يمنع الوكيل من الشراء للأمر بمثل قيمته فكذلك لا يمنعه من القبض والرضا به عند الاخذ ومن أصلهما أن ذلك يمنع شراؤه للأمر ابتداء لان الموكل لم يقصد ذلك وهو معلوم عرفا فكذلك رضاه عند الاخذ وهذه مسألة كتاب الوكالة وقد بينا هناك ولئن كانت المسئلة في قولهم كما أطلق في الكتاب فوجهه ان الرضا بالعيب اليسير

من الوكيل بالشراء ملزم للأمر بخلاف العيب الفاحش فكذلك الرضا بالعيب اليسير يكون ملزماً للأمر بخلاف الرضا بالعيب الفاحش إلا أن يشاء الأمر وإن لم يجد بالعبد عيباً ولكنه قتل عند البائع فالوكيل بالخيار أن شاء فسخ البيع وإن شاء أجازته كما لو اشتراه لنفسه وهذا لأن المبيع تحول من جنس إلى جنس وتأثير ذلك في إثبات الخيار فوق تأثير العيب فإن أجازته كانت القيمة له دون الأمر لأن مقصود الأمر تحصيل العبد له ولا يحصل ذلك بالقيمة فرضا الوكيل بها لا يلزم الأمر إلا أن يشاء أخذ ذلك فيكون أحق به من المشتري لأنها بدل ملكه فالملك في العبد بالشراء وقع له فإذا رضى أن يأخذه فهو أحق به وإذا وكله بطوق ذهب يبيعه فباعه ونقد الثمن وقبض الطوق ثم قال المشتري وجدته صغيراً موهوباً بالذهب فاقرب به الوكيل لزم الوكيل لأن المشتري غير مقبول القول فيما يدعى من غير حجة فإنه قبض عين ما يتناولوه المقدم ثم ادعى بعد ذلك فساد المقدم لسبب لا يعرف في مثله لا يقبل قوله إلا بحجة وإقرار الوكيل حجة في حقه دون الأمر غير أن له أن يستحلف الأمر لأن الأمر لو أقر بذلك لزمه فإذا أنكر كان له أن يحلفه عليه وإن أنكر الوكيل فردده عليه القاضي بالينة لزم الأمر لأن الينة حجة في حق الأمر وكذلك إن رد عليه باباء اليمين عندنا خلافاً لغيره فإنه يجعل إباء الوكيل اليمين كإقراره بذلك ولكنها تقول الوكيل مضطر في هذا لأنه لا يمكنه أن يحلف كاذباً وهذه الضرورة له يعمل بها للموكل وكان له أن يرجع به عليه فإن وكله أن يشتري له به طوق ذهب بمئته فيه مائة دينار فاشترى بألف درهم ونقد الثمن ولم يقبض الطوق حتى كسره رجل قبل أن يتفرقا فاجبار الوكيل تضمين الكاسر قيمته مصوغاً من الفضة جاز ذلك على الوكيل لأن المعقود عليه فات واختلف بدلاً والوكيل في اختيار قبض البدل كالعاقلة لنفسه في حقه ولا يجوز ذلك على الأمر لأن المقصود للأمر تحصيل الطوق له ولا يحصل ذلك بالقيمة وتصرف الوكيل على الأمر إنما ينفذ فيما يرجع إلى تحصيل مقصوده . قال ويبرأ منه بائع الطوق لأنه حقه تعين في ضمان القيمة في ذمة الكاسر فإذا أخذ الوكيل الضمان من الكاسر يصدق بالفضل إن كان فيه لأنه غرم في الثمن حسن ما عاد إليه فيظهر الربح وهو ربح حصل لأعلى ضمانه فيلزمه التصديق به وأكره للمسلم توكيل الذمي أو الحربى بأن يصرف له دراهم أو دنائير وأجيزه إن فعل لأن مباشرة هذا المقدم منه تصح لنفسه فكذلك لغيره بأمره ولكنه لا يتحرز

عن الحرام اما لاستحلاله ذلك أو لجهله به أو قصده الى توكيل المسلم حراما فلهذا أكره له ذلك واذا وكله أن يصرف له الدراهم فصرفها مع عبد الموكل والوكيل يعلم أو لا يعلم فلا ضمان على الوكيل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لأنه مال الموكل صرف بعضه في بعض ولا يكون الوكيل بتصرفه مفوتاً على الموكل شيئاً واذا وكله بألف درهم يصرفها له فباعها بدنانير وحط عنه ما لا يتغابن في مثله لم يجز على الأمر لأنه في معنى الوكيل بالشراء وكل واحد من المتصارفين في العوض الذي من جهة صاحبه مشتر ولأن تصرف الوكيل بالشراء بالمعين إنما لا ينفذ على الموكل للهمة فانه من الجائز أنه عقد لنفسه فلما علم بالمعين أراد أن يلزم ذلك الموكل وهذا المعنى موجود هنا فان الوكيل يملك عقد الصرف لنفسه وان صرفها بسعرها عند مفاوض الوكيل أو شريك له في الصرف أو مضارب له من المضاربة لم يجز لكونه متهما في ذلك كما لو صرفها مع نفسه فان من يحصل بتصرف من عامله يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند تفاوض الأمر لم يجز كما لو صرفها الأمر بنفسه وهذا لأنه لا فائدة في هذا العقد فإيه بعض ويعطى يكون مشتركا بينهما وان صرفها عند شريك الأمر في الصرف غير مفاوض فهو جائز وكذلك مضاربه لان الأمر لو فعل ذلك بنفسه جاز لكونه مفيداً وهو أنه يدخل به في الشركة والمضاربة ما لم يكن فيه ويخرج به منه ما كان فيه فكذلك الوكيل اذا فعل ذلك واذا وكله بألف درهم يصرفها له وهما في الكوفة ولم يسم له مكاناً في أى ناحية من الكوفة صرفها فهو جائز لان نواحي المصر في حكم مكان واحد ومقصوده أن التوكيل لا يتقيد بالسوق لان المقصود سعر الكوفة لا سوق الكوفة وكذلك لو خرج بها الى الحيرة أو الى البصرة أو الى الشام فصرفها هناك جاز ولا ضمان عليه لان الأمر مطلق ولا يتقيد بمكان الا بدليل يفيد به وفيما لا حمل له ولا مؤنة لا يوجد دليل المقيّد لان ماله لا يختلف باختلاف الامكنة ففي أى مكان صرفها له كان ممثلاً أمره ولو وكله ببيع عبد له أو عرض له حمل ومؤنة فاستأجر وخرج بها من الكوفة الى مكة فباعها هناك أجزت البيع لان الأمر بالبيع مطلق ففي أى موضع باعه فهو ممثّل ولا أُلزم الأمر من الآخر شيئاً لأنه لم يأمر بالاستعجار فهو متبرع فيما ألزم من ذلك وقال في رواية أبي حفص أجزت البيع اذا باعه بمثل ثمنه في الموضع الذي أمره ببيعه فيه وهذا مستقيم على أصل أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان عندهما التوكيل بالبيع مطلقاً يتقيد بالبيع بمثل القيمة لو باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع

آخر وعند أبي حنيفة لا يتقيد بذلك اذا باعه في ذلك الموضع فكذلك في موضع آخر وأعاد هذه المسئلة في كتاب الوكالة وقال في جوابها لم أجز البيع لانه لم يأمره بالخروج به اتفاق على ذلك رواية أبي سليمان ورواية أبي حفص وهو الأصح لانه لو اعتبر مطلق الأمر حتى يجوز بيعه في مكان آخر لكانت مؤنة النقل الى ذلك المكان على الموكل كما لو أمره بالبيع في ذلك المكان وهذا لان احضار السلعة على البائع ليستوفي الثمن ويسلم المبيع ولا يمكن انجاب هذه المؤنة عليه وربما يبالغ ذلك ثمن السلعة أو يزيد عليه فهذا دليل مقيد لمطلق الامر بالمصر الذي يباع فيه المتاع فلهذا لا يجوز بيعه في مكان آخر بخلاف ما لا حمل له ولا مؤنة وبمثل هذا قال في الكتاين لو ضاع أو سرق قبل أن يبيعه فهو ضامن له وبهذا تبين أنه لا يكون مأذونا من جهة في الاخراج الى ذلك الموضع وكذلك لو خرج به ولم يتفق له بيعه كانت مؤنة الرد عليه دون الأمر ففرنا انه كالتفصيل في غير ذلك الموضع وان دفع اليه دراهم يشتري بها ثوبا ساه ولم يسم له المكان فاشترى بغير الكوفة كان جازا اذا لم يكن له حمل ولا مؤنة لان الامر بالشراء وجد مطلقا فان وكله بألف درهم يصرفها له ثم ان الموكل صرف تلك الالف فجاء الوكيل الى بيت الموكل فأخذ ألفا غيرها فصرفها فهو جائز لان التوكيل انما حصل بالصرف بدراهم في الذمة اذ التقود لا تتمين في العقود ألا ترى انه لو صرف تلك الدراهم كان للموكل أن يمنعها ويعطى غيرها فصرف الموكل تلك الالف بنفسه لا يكون تصرفا منه فيما تناوله الوكالة فلا يوجب عزل الوكيل وكذلك لو كانت الاولى باقية وأخذ الوكيل غيرها فصرفها لان الصرف انعقد بدراهم في ذمته سواء اضافها الى تلك الالف أو غيرها فيكون ممثلا أمره في ذلك وكذلك الدنانير والفلس * فان قيل أليس أن تلك الالف لو هلكت بعد التسليم الى الوكيل قبل أن يصرفها بطلت الوكالة ولو لم تعلق الوكالة بها لما بطلت الوكالة بهلاكها * قلنا الوكالة لا تتعلق بعينها حتى اوصرفها ثم هلكت قبل التسليم كان له أن يطالب الموكل بألف أخرى فأما اذا هلكت قبل أن يصرفها انما بطلت الوكالة لمعنى دفع الضرر عن الموكل فربما يشق عليه أداء ألف أخرى بعد هلاك تلك الالف ولا ضرر على الوكيل في ابطال الوكالة اذا هلكت قبل أن يصرفها وهذا لا يوجد اذا كانت قائمة في يد الموكل أو صارف بها لانه لا ضرر عليه في ابقاء الوكالة على الوجه الذي انعقدت في الابتداء وهو الصرف بدراهم في الذمة ولو أمره ببيع فضة بعينها وذهب بعينه أو عرض من المروض فباع غيره لم يجزله لان

الوكالة تعاقت بتلك العين فانها أضيفت اليه بعينه وهو مما يتعين بالتعيين في العقد واذا وكله بالف درهم يصرفها له بدنانير فصرفها الوكيل بدنانير كوفية فهو جائز في قول أبي حنيفة لان وزن الكوفية كوفية وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله أما اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية اليوم على الشامية الثقال وانما جاز قبل اليوم فان صرفها بكوفية مقطعة لم يجز لان وزن الكوفية كان على الكوفية المقطعة النقص وهذا اختلاف عصرنا فابو حنيفة أفتى بما كانت عليه المعاملة في عصره وهما كذلك. والحاصل أنه يعتبر في كل مكان وزمان ماهو المتعارف لانه يعلم أن مقصود الموكل ذلك بنقاب الرأي ولو قال اشترى لي بهذه الدنانير غلة ولم يسم له غلة الكوفية أو بفداد فاشترى له غلة الكوفية جازو ان اشترى له غير ذلك من غلة البصرة أو بفداد أو دراهم غير الغلة لا يجوز الا أن يكون مثل غلة الكوفية لان الوكيل انما يصير ممثلا اذا حصل مقصود الموكل ومقصوده غلة الكوفية فان كان ما اشترى مثل غلة الكوفية فقد حصل مقصوده وان قال له ببع هذه الألف درهم بدنانير شامية فباعها بالكوفية فان كانت الكوفية غير مقطعة وكان وزنها شامية فهو جائز على الامر لحصول مقصوده قال وليس الدنانير في هذا كالدراهم فان مقصوده من شراء الغلة الاتفاق في حوائجه وانما يحصل ذلك بغلة الكوفية أو مثلها ومقصوده من الدنانير الربح وذلك يختلف باختلاف الوزن فان كان وزن الكوفية مثل وزن الشامية فقد حصل مقصوده ولو قال ببعها بدنانير عتق فباعها بالشامية لا يجوز على الآر لان المقصود لا يحصل بهذا لما للعتق من السرف على الشامية والله تعالى أعلم

- باب العيب في الصرف -

قال رحمه الله واذا اشترى سيفاً على بدراهم أكثر مما فيه وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالسيف عيباً في نصله أو جفنه أو حمائله أو حليته فله أن يرده لقوات وصف السلامة المستحقة له بمطلق العقد فان رده وقبله منه صاحبه بغير قضاء قاض فلا ينبغي له أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان الرد بعد القبض بغير قضاء قاض كالاقالة من حيث انه يعتمد التراضي والاقالة في الصرف بمنزلة البيع الجديدي وجوب التقابض به في المجلس لان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما فكان بمنزلة البيع الجديد في حق الشرع واستحقاق

القبض في الصرف من حق الشرع فإذا فارقته قبل التقابض انتقض الرد في حصة الحلية لانه صرف وفيما وراء ذلك لان في تمييز البعض من البعض ضررا وله أن يردده عليه بالعيب كما له ذلك قبل الرد لان ما كان منه ليس بدليل الرضا بالعيب ولو رده بقضاء قاض لم يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن لان الرد بالقضاء فسخ من الاصل فان للقاضي ولاية الفسخ بسبب العيب وليس له ولاية العقد المبتدأ فهو بمنزلة الرد بخيار الرؤية ولا يضره أن يفارقه قبل قبض الثمن. ألا ترى أن البائع لو كان اشتراه من غيره كان له أن يردده على بائعه في هذا الفصل دون الاول قال وله أن يؤجره بالثمن لانه دين له في ذمته بسبب القبض فان عقد الصرف قد انفسخ والتأجيل صحيح في مثله كبذل العصب والمستهلك بخلاف بدل القرض فانه في حكم العين فان كان حلي ذهب فيه جوهر مفضض فوجد بالجوهر عيبا فان أراد أن يردده دون الحلي لم يكن له ذلك الا أن يردده كله أو يأخذه كله لان الكل كشيء واحد لما في تمييز البعض من البعض من الضرر ولان الانتفاع بالبعض متصل بالبعض فهو نظير مالو اشترى زوج خف فوجد باحداهما عيبا وهناك ليس الا له أن يرددها أو يمسكها وكذلك لو اشترى خاتم فضة فيه فص ياقوت فوجد بالفص أو الفضة عيبا ولو اشترى ابريق فضة فيه الف درهم بالف درهم أو بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجدت الدراهم رصاصا أو ستوتة فردها عليه كان له أن يفارقه قبل قبض الثمن وقبل استرداد الابريق لان العقد قد انتقض من الاصل حين تبين اقترانهما قبل قبض أحد البدلين فان الستوتة والرصاص ليسا من جنس الدراهم وكذلك الزيوف في قول أبي حنيفة لان عنده اذا رد الكبير بعيب الزيافة ينتقض القبض فيه من الأصل وقد بينا ذلك في السلم وعندهما في الزيوف يستبد له قبل أن يتفرقا من مجلس الرد وذكر عن المسور بن مخرمة قال وجدت في المنم يوم القادسية طشتا لأدري أشبه هي أو ذهب فابتعتها بالف درهم فأعطاني بها تجار الحيرة أثنى درهم فدعاني سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه فقال لا تلمني ورد الطشت فقلت لو كان سهاما قبلتها مني فقال اني أخاف أن يسمع عمر رضي الله عنه اني بمتك طشتا بالف درهم فأعطيت بها أثنى درهم فيرى أثنى قد صالمتك فيها قال فأخذها مني فأتيت عمر رضي الله عنه فذكرت له ذلك فرفع يديه وقال الحمد لله الذي جعل رعيتي تخافني في آفاق الأرض وما زادني على هذا وفيه دليل أن لصاحب الجيش ولاية بيع المغنم وانه ليس له أن يبيع بفن فاحش وان تعرفه فيه

كتعريف الأب والودى في مال الصغير ولهذا استرده سعد رضى الله عنه لما ظهر أنه باع بغير فاحش وفيه دليل على أن الإمام إذا بلغه عن عامله ماضى به من عدل أو هيبة فصله فإنه ينبغي له أن يشكر الله تعالى على ذلك فإن ذلك نعمة له من الله تعالى وكان عمر رضى الله عنه بهذه الصفة تهابه عما له في آفاق الأرض وذلك لحسن سريره على ما جاء في الحديث من خاف الله خاف منه كل شيء * وإذا اشترى الرجل طشتا أو اناء لا يدرى ماهو ولم يشترط له صاحبه شيئا فهو جائز لأن العقد تناول العين والمشار اليه معلوم العين مقدور التسليم فيجوز بيعه ودل على صحة هذا حديث المسور بن مخرمة * وإذا اشترى اناء فضة فاذا هو غير فضة فلا يبيع بينهما لأن المشار اليه ليس من جنس المسمى والعقد انما يتعلق بالمسمى لأن العقد بالتسمية والمسمى معدوم فلا يبيع بينهما ولو كانت فضة سوداء أو حمراء فيها رصاص أو صفر وهو الذى أفسدها فهو بالخيار ان شاء أخذها وان شاء ردها لأن المشار اليه ليس من جنس المسمى فان مثله يسمى اناء فضة في الناس إلا أنه معيب لما فيه من الغش فيجوز العقد على المشار اليه بالتسمية ويتخير المشتري للمعيب وان كانت رديئة من غير غش فيها لم يكن له أن يردها لأن الرداء ليست بمعيب فالمعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة وصفة الرداء بأصل الخلقة ألا ترى ان بالرداء تنعدم صفة الجودة وبطل العقد لا يستحق صفة الجودة وانما تستحق السلامة * ولو اشترى سيفاً محلي على ان فيه مائة درهم بمائة درهم وتقابضا وتفرقا فاذا في السيف مائتا درهم فإنه يرد السيف لفساد العقد بالفضل الخالى عن المقابلة وهو الجفن والمائل وان اشترى ابريق فضة بالف درهم على ان فيه ألف درهم وتقابضا وتفرقا فاذا فيه ألفا درهم كان الخيار للمشتري ان شاء قبض نصفه بألف درهم لانه انما يكون مشتريا مقدار مسمى منه وقد تبين أن ذلك نصف الأبريق ولا يمكن أن يجعل مشتريا لكل ألف درهم لانه ربا ولا بألفين لانه ما التزم الا ألف درهم فجعلناه مشتريا نصفه بالالف وأثبتنا له الخيار لتبعض الملك عليه فيما يضره التبعض بخلاف السيف فهناك لا يمكن تصحيح العقد في نصف الحلية مع السيف لانه لو صرح بذلك لم يجز العقد لان الحلية صفة لا يجوز بيع بعضها دون البعض بخلاف الأبريق ولو كان اشترى الأبريق بمائة دينار كان جائزا له كله بالدنانير لان الربا ينعدم عند اختلاف الجنس والأبريق مما يضره التبعض فيكون الوزن فيه صفة فانما يتعلق العقد بعينه اذا أمكن دون الوزن المذكور * وان اشترى

نقرة فضة بمائة درهم على أن فيها مائة درهم وتقابضا فإذا فيها ما تاد درهم كان للمشتري نصفها لا خيار له فيها وكذلك لو اشتراها بعشرة دنانير لأن النقرة لا يضرها التبعض فالوزن فيها يكون قدرا لاصفة فأنما يعتد العقد على القدر المسعى من وزنها بخلاف الأبريق فإنه يضر التبعض فالوزن يكون صفة فيه ألا ترى أن باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل تارة وأخف تارة ولا يتبدل اسم المين وهو الأبريق فكان ذلك كالذرع في الثوب يكون صفة والبيع يتعلق بالمين دون الذرعان المذكورة وعن أبي رافع قال خرجت بخلخال فضة لا مرأتى أبيه فلقيني أبو بكر رضي الله عنه فاشتراه مني فوضعت في كفة الميزان ووضع أبو بكر رضي الله عنه دراهمه في كفة الميزان وكان الخلل أثقل منها فليلا فدعا بمقراض ليقطعه فقلت يا خليفة رسول الله هو لك فقال يا أبا رافع اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب وزنا بوزن والزائد والمستزيد في النار وفيه دليل تحريم الفضل عند اتحاد الجنس وان القليل من الفضل والكثير فيما يضره التبعض أولا يضره سواء وفيه دليل ان مبادلة الفضة بالفضة الكفة بالكفة تجوز وان لم يعلم مقدارهما لوجود المساواة في الوزن واذا اشترى الرجل عشرة دراهم فضة بعشرة دراهم فضة فزادت عليها داتقا فوهبه له هبة ولم يدخله في البيع فهو جائز لان المحرم الفضل الخالي عن المقابلة اذا كان مستحقا بالبيع وهذا مستحق بمقد التبرع وهو غير مشروط في البيع ولا يؤثر في البيع فان قيل فلماذا لم يقبله أبو بكر رضي الله قلنا كأنه احتاط في ذلك أو علم أن أبا رافع رضي الله عنه كان وكيفا في بيع الخلل والوكيل بالبيع لا يملك الهبة وان كان السيف المحلى بين رجلين فباع أحدهما نصيبه وهو النصف بدينار من شريكه أو من غيره وتقابضا فهو جائز لان عقد البيع على خالص ملكه وان كان باعه من شريكه وتقدم الدينار والسيف في البيت ثم افترقا قبل أن يقبض السيف انتقض البيع لان البيع في حصة الحلية صرف وقد افترقا قبل التقابض لان حصة البائع ما كان في يد المشتري فلا يصير قابضا له بالشراء ما لم يسلمها اليه ولا بأس ببيع الفضة جزاها بالذهب أو بالفلوس أو بالعروض لانعدام الربا بسبب اختلاف الجنس « واذا اشترى سيفا على فضته خمسون درهما بمائة درهم وقبض السيف وتقدم من الثمن خمسين درهما ثم افترقا فالبيع جائز لان المتقود ثمن الفضة خاصة فان قبض حصة الحلية في المجلس مستحق وقبض حصة الجفن غير مستحق والمماوضة لا تقع بين المستحق وغير المستحق بل يجعل التقود ثمن المستحق خاصة فلا افتراق

وجد بعد التقابض في المجلس في حصة الصرف وكذلك لو أجله في الخمسين الباقية الى شهر لانه
 ممن مبيع لو أبرأه عنه جاز فكذلك اذا أجله فيه وكذلك لو كان الثمن عشرة دنانير فنقد منها
 حصة الحلية وصالحه من الباقي على دراهم أو على ثوب وتقابضا فهو جائز لان الباقي ممن المبيع
 والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز والله أعلم

باب الصالح في الصرف

قال رحمه الله رجل اشترى عبدا بمائة دينار وتقابضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيبا فاقتر
 البائع به أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصالح جائز لان ما وقع عليه
 الصالح حصة الجزء الفائت بالعيب وانما استرده لنفسه العقد فيه بغوات ما يقابله والقبض
 في المجلس ليس بشرط في مثله وان كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل فهو فاسد
 لانهما قدرا حصة العيب به واليهما ذلك التقدير كما كان التقدير في أصل بدل العبد اليهما
 ولانه لما صالحه على دينار فكان بائع العبد حط من ثمن العبد الدينار فان الفائت بالعيب
 وصف والثن لا يقابل الوصف والخط تارة يكون بسبب العيب وتارة يكون لا بسبب العيب
 يثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد ويلزمه رد قدر المخطوط دينا في ذمته ولا يضرها
 ترك القبض فيه في المجلس ويصح التأجيل فيه ان أجله ولو صالحه على دراهم مسماة وقبضها
 قبل أن يتفرقا جاز وان افرقا قبل القبض انتقض الصلح أما على الطريق الاول فما وقع
 عليه الصالح من الدراهم يكون بدلا عن حصة العيب وذلك من الدنانير ومبادلة الدراهم
 بالدنانير يكون صرفا وعلى الطريق الثاني انما يصح بطريق الخط والخط من الثمن وهو
 الدنانير فالدراهم بدل عنه ثم ما وقع عنه الصلح كان دينا فاذا لم يقبض بدله حتى افرقا كان دينا
 بدين فاذا بطل الصلح استقبل الخصومة في العيب كما كان عليه قبل الصلح لان الصلح مع
 الانكار لا يتضمن الاقرار بالعيب وكذلك ان ضرب للدراهم أجلا ثم فارقه قبل أن يقبضها
 أو اشترطا في الصلح خيارا ثم افرقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره واذا ادعى على رجل
 مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو الى أجل أو بشرط خيار ثم
 افرقا فالصلح جائز لان صحة هذا العقد بطريق الإبراء دون المبادلة فيكون في الإبراء محسنا من
 وجين بترك ما زاد على العشرة وبالتأجيل في العشرة وان صالحه على خمسة دنانير ثم افرقا قبل أن

يقبضها انتقض الصلح لان صحة هذا الصلح باعتبار المبادلة لان ما وقع عليه الصلح ليس من جنس الدين، ومبادلة الدراهم بالدنانير صحيحة بشرط القبض في المجلس فيبطل بالافتراق قبل القبض وكذلك ان كانت الى أجل أو فيها شرط خيار وافتراقا على ذلك فهو فاسد لان العقد صرف أما عند اقرار المدعى عليه فلا اشكال وكذلك عند جحوده لان صحة الصلح مع الانكار بناء على زعم المدعى واذا ماتت المرأة وتركت ميراثا من رقيق وعروض وحلى وذهب وتركت اباهما وزوجها وميراثها عند أبيها فصالح زوجها من ذلك على مائة دينار ولا يعلم مقدار نصيبه من الذهب فالصالح باطل لجواز أن يكون نصيبه من الذهب هذا المقدار أو أكثر فيبقى نصيبه من سائر الاشياء خاليا عن المقابلة وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم ولا يعلم أن نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل وان صالحه على خمسمائة درهم وخمسين دينارا وتقابضا قبل أن يفترقا جاز ذلك لانه وان كان نصيبه في كل واحد من النقدين فوق هذا المقدار فتصحیح العقد ممكن بان يجعل مأخذ من الذهب بالفضة وحصته من العروض وما أخذ من الفضة بالذهب وحصته من العروض وان تفرقا قبل أن يقبض شيئا انتقض الصلح لوجود الافتراق والميراث قبل القبض في عقد الصرف فان قبض الزوج الدراهم والدنانير ثم افترقا والميراث في منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة لان الأب بيده السابقة لا يصير قابضا ما كان حصة الزوج من الذهب والفضة لان يده كانت يد أمانة والعقد فيها صرف فيبطل بالافتراق قبل القبض وفيما سوى ذلك العقد يبيع فلا يبطل بترك قبض المعقود عليه في المجلس وان قبض الأب ذلك وقبض الزوج بعض الدراهم والدنانير فان كان ما قبض بقدر حصة الذهب والفضة فالصلح ماض لما بينا أن المقبوض مما كان قبضه مستحقا في المجلس وهو حصة الذهب والفضة وان كان النقد أقل من ذلك بطل من الذهب والفضة حصة ما لم ينقد وجاز في حصة ما انتقض اعتبارا للقبض بالكل وجاز ما سوى ذلك من غير الحلى لان العقد فيه يبيع لا صرف واذا ادعى الرجل سيفا محلى بفضة في يد رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير ثم افترقا أو اشترى بالباقي منه ثوبا قبل أن يفترقا وقبضه فان كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصتها فالصلح ماض لان النقود حصة الحلية فان قبضه مستحق في المجلس والباقي حصة السيف وترك القبض فيه لا يضر والاستبدال به قبل القبض صحيح وان كان نقد أقل من حصة الحلية فالصلح فاسد لان بقدر ما لم يتقدم

ثمن الحلية يبطل الصلح فيه والكل في حكم شيء واحد فاذا بطل العقد في بعضه بطل في كله وشراء الثوب فاسد أيضا لانه دخل بعض ثمن الحلية فيه والاستبدال ببطل الصرف قبل القبض لا يجوز فاذا بطل في ذلك الجزء بطل في الكل وهذا على الاصل الذي قلنا ان الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى. واذا اشترى لرجل ابريق فضة فيه الف درهم بمائة دينار وتقابضا ثم وجد بالابريق عيبا فله أن يردده لفوات ما صار له مستحقا بمقدار المعاوضة وهو السلامة عن العيب فان صالحه البائع على دينار وقبض فهو جائز وان كان الدينار أقل أو أكثر من قيمة العيب في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا كان الفضل مما لا يتغابن الناس في مثله فهو غير جائز وهذا بناء على مسألة كتاب الصلح عن المنصوب المستهلك على أكثر من قيمته يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولا يجوز عندهما لان عندهما الحق في القيمة وهي مقدرة شرعا فالفضل على ذلك يكون ربا الا انه لا يتيقن بالفضل فيما يتغابن الناس في مثله لان ذلك يدخل من تقويم المقومين فهنا أيضا حقه في بدل الجزء الفائت فاذا صالحه على أكثر من ذلك القدر بما لا يتغابن الناس في مثله كان الفضل ربا وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن أصل ملكه وأن كان مستهلكا فكذلك هنا يصح الصلح على أن يكون المقبوض عوضا عن الجزء الفائت الذي استحققه بالعقد ولاربا بين الدراهم والدنانير ولانه يصح الصلح بطريق الحط وهو أن يجعل كانه حط من ثمن الابريق هذا المقدار ولكن الاول أصح لان القبض في المجلس شرط وانما يشترط ذلك اذا جعلنا بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت حتى لا يكون دينا بدين وان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز. وان كانت الدراهم أكثر من قيمة العيب عندهم جميعا لان حصة العيب من الذهب ولا ربا بين الدراهم والدنانير وهذا على قولها ظاهر وكذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه في الفصل الاول انما يجعل بدل الصلح عوضا عن الجزء الفائت لتصحيح العقد وتصحيح العقد هنا في أن يجعل عوضا عما يخص الجزء الفائت من الذهب والفضة ويشترط القبض فيه قبل الافتراق فان افتراقا قبل القبض أو على شرط أجل أو خيار بطل الصلح لكون العقد صرفا بينهما وان ادعى علي رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فانكر ذلك المدعى عليه أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم نقدا أو نسيئة فهو جائز لان صحة هذا العقد بطريق الإبراء وهو أنه أبرأه عن جميع الدنانير

ونصف الدراهم ثم أجله في الباقي من الدراهم فيكون الاحسان كله من جانبه وذلك جائز
 * قال وان اشترى قلب ذهب فيه عشرة دنانير بمائة درهم وتقابضا واستهلك القلب أو لم يستهلكه
 ووجد به عيبا قد كان دلسه له فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز لان صحة هذا الصلح
 بطريق الخط أو بطريق أن ما وقع عليه الصلح حصه العيب فيكون ذلك ديناً على البائع واجبا
 بالقبض دون عقد الصرف والتأجيل صحيح في مثله * ولو صالحه على دينار لم يجز الا أن
 يقبضه قبل التفرق لان الدينار عوض عن حصه العيب وذلك من الدراهم فيكون صرفاً
 فيشترط القبض فيه قبل التفرق وان اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا
 ثم وجد في القلب هشماً ينقصه فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب من الدينار على أن زاده
 مشتري القلب ربع خنطة وتقابضا فهو جائز لان ما زاد مشتري القلب يلتحق باصل العقد
 وما زاد الآخر من القيراطين يكون حط بمض البذل وذلك جائز من كل واحد منهما ويجعل
 بعض القيراطين ثمن الخنطة وبمضه بمحضه العيب وذلك جائز وان كانت الخنطة بميساوتها
 قبل التقابض فهو جائز أيضاً لان في حصه الخنطة افتراقاً عن عين بدين وفي حصه العيب
 وجوب الرد بمحكم القبض دون العقد فلا يضرهما ترك القبض في المجلس وان تقابضا ثم وجد
 في الخنطة عيباً ردها ورجع بثمنها ومعرفة ذلك أن يقسم القيراطان على قيمة الخنطة وقيمة
 العيب فانيخص قيمة الخنطة فهو ثمن الخنطة يرجع به والله أعلم

باب الصرف في المرض

قال رحمه الله مريض باع من أبيه دينارا بالف درهم وتقابضا قال لا يجوز ذلك عند
 أبي حنيفة رضي الله عنه لان نفس البيع من وارثه وصية له عند أبي حنيفة رحمه الله ولا
 وصية للوارث وعندهما مضى الوصية في الخط لا في نفس البيع كما في حق الاجنبي فاذا
 كان البيع بمثل القيمة أو أكثر فلا وصية فيه ولا تهمة وبيان هذا يأتي في كتاب الشفعة
 ان شاء الله تعالى * ولو اشترى من أبيه الف درهم بمائتي دينار فان أجاز ذلك ببيعة الورثة
 فهو جائز لان المانع من الوصية للوارث حق الورثة فان أجازوا ذلك جاز وان ردوا فهو
 مردود كله في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ان شاء الابن
 أخذ مثل قيمة الدراهم من الدنانير وان شاء نقض البيع لان الوصية عندهما بالهبة فيبطل

ذلك بالرد من جهة الورثة ويتخير الابن لانه ماضي بزوال ملكه في الدراهم حتى يسلم له الدينارين كلها فاذا لم يسلم تغير عليه عقده فان شاء رضى به وان شاء نقض البيع وسوى هذا رواية أخرى غمما أن أصل العقد بطل اذا حابى المريض وارثه بشئ ويأتى بيان ذلك في الشفعة ان شاء الله تعالى واذا باع المريض الف درهم بدينار وتقابضاه مات المريض والدينار عنده ولا مال له غير ذلك فللورثة أن يردوا ما زاد على الثلث لان المحاباة في المرض تبرع بماله بمنزلة الوصية فانما يجوز من ثلثه ولا يزيد على الثلث فيبطل ذلك اذا لم تجز الورثة ثم يتخير المشتري فان شاء أخذ ثلث الالف كاملا بطريق الوصية وما بقي قيمة الدينار بطريق المعاوضة لان الدينار في يد الورثة ويرد عليهم ما بقي من الالف وان شاء أخذ ديناره ويرد الباقي لانه ماضي ان يملك عليه ديناره حتى يسلم له جميع الالف ولم يسلم واذا اختار أخذ ديناره فلا شئ له من الالف بطريق الوصية لان الوصية بالمحاباة كانت في ضمن عقد صرف وقد بطل العقد فيبطل به ما في قيمته أيضا. وان كان المريض قد استهلك الدينار كان للمشتري أن يأخذ قيمة الدينار من الالف بجهة المعاوضة وثلث ما بقي من الالف بطريق الوصية ولم يجزه هنا لان الدينار مستهلك فلا فائدة في اثبات الخيار له لانه لا يعود اليه ما خرج من ملكه بعينه وكذلك لم يطمه بالوصية ثلث الالف كاملا هنا بخلاف الاول لان هناك الدينار مستهلك فلو أعطيناه بالوصية ثلث الالف كاملا لا يسلم للورثة ضعف ذلك فلماذا قال يأخذ قيمة الدينار من الالف أولا ثم له بالوصية ثلث ما بقي وكذلك اذا باع المريض سيفا قيمته مائة درهم وفيه من الفضة مائة درهم وقيمة ذلك كله عشرون دينارا بدينار وتقابضاه فابت الورثة أن يجزوا كان للمشتري الخيار ان شاء أخذ قدر قيمة الدينار من السيف وحليته وثلث السيف تاما بمذ ذلك وان شاء رد كله وأخذ ديناره لان المريض حاباه باكثر من ثلث ماله وهذا وما سبق في التخرج سواء وما يخص به هذه المسئلة قيمة الدينار له من السيف والحلية جميعا لان الكل كشيء واحد لا يتأني اثبات المعاوضة في أحدهما دون الآخر وان كان المريض قد استهلك الدينار كان المشتري بالخيار هنا ان شاء أخذ دينارا مثل ديناره ورد البيع فيكون ذلك دينارا في تركة الميت ويباع السيف حتى ينقذ الدينار وان شاء كان له من السيف وحليته قيمة الدينار وثلث ما بقي لان السيف مما يضره التبعض فيثبت الخيار لما لحقه من عيب التبعض وان كان الدينار مستهلكا لان المعقود عليه وهو السيف قائم يمكن

فسخ العقد فيه بخلاف الاول فالتبعض في الالف الاول ليس بعيب فلماذا لم يجعل له الخيار بعد ما استهلك الدينار وان كان المشتري أيضا قد استهلك ما قبضه جاز له منه قيمة الدينار وثالث الباقي وغرم ثلث الباقي للورثة لان فسخ العقد تعذر باستهلاك المعقود عليه فعليه ضمان حصة الورثة من ذلك وهو قيمة ثلث الباقي وغرم ثلث الباقي بعد قيمة الدينار لانه لو كان قائما كان لهم حق استرداد ذلك منه فاذا كان مستهلكا فهو غارم قيمة ذلك لهم * مريض له تسعمائة درهم ولا مال له غيرها فباعها بدينار وقبضه وقبض الآخر مائة درهم وتسعمائة ثم افترقا ومات المريض والمال قائم والدينار قيمته تسعة فاجازة الورثة وردهم هنا سواء وله المائة درهم بتسع الدينار ويرد عليه ثمانية اتساع الدينار لان عقد الصرف قد بطل في ثمانية اتساع الدينار بترك قبض ما يقابله في المجلس وانما بقي العقد في مقدار المائة والوصية بالمحابة كانت في ضمن العقد فانما يبقى فيما بقي فيه العقد وهو المائة وذلك دون ثلث مال الميت فلا حاجة فيه الى اجازة الورثة فان لم يكن قبض شيئا رد عليه ديناره بعينه لان العقد قد بطل بالافتراق قبل التقابض فيرد عليه ديناره ولا شيء له من الوصية لانها بطلت ببطلان العقد وان لم يتفرقا حتى زاد المشتري تسعة وخمسين دينارا وتقابضا فهو جائز كل. لان ما زاد يلتحق باصل العقد فيصير كأنه في الابتداء انما باعه بستين دينارا فتكون المحابة بقدر الثلث من ماله وذلك جائز. قال الحاكيم رحمه الله وانما صح جواب هذه المسئلة اذا زيد في سؤالها ان قيمة الدينار عشرة دراهم وهو كما قال فان حق الورثة في ستائة درهم لان جملة مال المريض تسعمائة وانما تكون المحابة بقدر الثلث اذا كانت قيمة كل دينار عشرة وان كان المريض وكل وكيلها فباعها من هذا الرجل بدينار ثم مات المريض قبل أن يتقابضا فقال المشتري أنا أخذ تسعمائة بتسعين دينارا قبل أن يتفرقا فله ذلك لان البيع قد وجب له قبل موت الميت ولم يتفرقا فلم يبطل بموت الموكل بعد ذلك والمعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس فاذا أراد المشتري الى تمام تسعين دينارا للحق ذلك باصل العقد وانعدمت المحابة وكان ذلك سالما له واذا اشترى من المريض ألف درهم بمائة درهم وتقابضا ثم مات المريض من مرضه فهذا ربا وهو باطل من الصحيح والمريض جميعا وللذى أعطى المائة أن يمسك المائة من الالف بمائة ويرد الفضل لان حقه في المائة التي أعطى وقد صار دينا والذي في يده مال الميت فيكون له أن يمسك من ذلك مقدار حقه ويرد الفضل ولا وصية له هنا لان الوصية

في ضمن المقد والعقد باطل وان كان أعطى من المائة ثوبا أو دينارا كان ذلك ييما صحيحا على أن تكون المائة بمائة والباقي بازاء الثوب والدينار وان مات المريض وأبت الورثة أن يجيزوا ويجيز صاحب الدينار والثوب فان شاء نقض البيع لتغير شرط عليه وان شاء كان له من الالف مائة مكان مائة وقيمة الدينار أو المرض بطريق المعاوضة وثلاث الالف بطريق الوصية اذا كان الدينار والالف قائمة في يد الورثة كما بينا واذا كان للمريض ابريق فضة فيه مائة درهم وقيمتة عشرون دينارا فباعه بمائة درهم وقيمتها عشرة دنانير ثم مات وأبت الورثة أن يجيزوا فالمشترى بالخيار ان شاء رده لتغير شرط عقده عليه وان شاء أخذ ثلثي الابريق بثلثي المائة وثلثه للورثة لان الوصية بالمحاباة انما تنفذ في مقدار الثلث ويتعذر هنا جعل شيء من الابريق له بطريق الوصية واعتبار المعاوضة فيما بقي لان ذلك يؤدي الى الربا لان مبادلة الدراهم بجنسها لا يجوز الا وزنا بوزن ولا قيمة للصنعة والجودة في هذه المبادلة الا أنها متقومة في حق الورثة لان لها قيمة تبعا للاصل ولا يملك المريض اسقاط حق الورثة عنها مجانا فاذا تعذر الوجهان كان الطريق ما قال لان حق الورثة في ثلثي مال المريض وماله عشرون دينارا وثلثاه ثلاثة عشر وثلث فاذا أخذ الورثة ثلث الابريق وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار وأخذوا ثلثي المائة وقيمة ذلك ستة دنانير وثلثا دينار حصل لهم ثلاثة عشر دينارا وثلث كمال حتهم وسلم للمشترى ثلثا الابريق وقيمتة ثلاثة عشر دينارا وثلث بثلثي المائة وقيمتة ستة وثلثان فيسلم له بطريق الوصية ثلث مال المريض ستة دنانير وثلثا دينار وقد سلم للورثة ضعف ذلك فيستقيم الثلث والثلثان والله أعلم

باب الاجارة في عمل التمويه

قال رحمه الله واذا دفع لجاما أو حرزا الى رجل ليمويه له بفضة وزنا معلوما يكون قرضاعلى الدافع ويعطيه أجرا معلوما فهو جائز ويلزمه الاجر والقرض لانه استقرض منه الفضة وأمره بان يصرفها الى ملكه فيصير قابضا لها باطلاله تملكه وعليه مثلها ثم استأجره لعمل معلوم ببدل معلوم وقد أوفى العمل فله الاجر وان اختلفا في مقدار ما صنع من الفضة فالقول قول رب اللجام مع يمينه لان الصانع يدعى زيادة فيما أقرضه وهو ينكر ذلك ويحلف على عمله لانه استحلاف على فعمل الغير فان قال موهه بمائة درهم فضة على أن اعطيك منها

(W)

أجر عملك ذهباً عشرة دنانير بذلك كله وتفرقاً على ذلك كله فهو فاسد لان العقد في حصة
الفضة صرف ولم يوجد القبض في المجلس فكان فاسداً فان عمله كان له فضة مثل وزنها لانه
صار قابضاً للفضة حين اتصلت بملكه باذنه بسبب عقد فاسد وقد تعذر رد عينها فعليه رد
مثلها وكان له أجر مثل عمله من الدنانير لا يجاوز به مسمى أى تقسم الدنانير على أجر مثله وعلى
المائة الدرهم فتعتبر حصة أجر مثله من الدنانير لان العقد واحد ولما فسد في حصة الصرف فسد
في الاجارة أيضاً ويلزمه أجر مثله وعلى المائة الدرهم فيعتبر حصة أجر مثله هكذا ذكر الحاكم
رحمه الله وهو مشكل لان فساد العقد في حصة الصرف طارئ بالافتراق قبل القبض وذلك
لا يوجب فساد الاجارة قال رضي الله عنه وقد تأملت في الاصل فوجدته يعتبر أجر المثل
ليبان الحصة فانه يقول وكان له مقدار أجره من الدنانير لانه اذا قسمت الدنانير على أجر
مثله وعلى المائة درهم فدللت أنه حكم بصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام
ثم جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد في حصة الاجارة واعتبر أجر المثل للانقسام ثم
جعل له بمقابلة العمل المسمى لصحة العقد وان دفع اليه ثوباً يكتب عليه كتاباً بذهب معلوم
بأجر معلوم من الفضة في ذلك فهو فاسد لان العقد في حصة الذهب صرف وكذلك لو
شرط عليه أجرة وثمنه ذهباً فان ذهب الكتابة يكون مبيعاً لا مستقرضاً لانه سمي ما يقابله
ثمناً فيكون العقد فيه صرفاً أيضاً فان قال أقرضني مثقال ذهب واكتب به على هذا الثوب
كذا وكذا على أن أعطيك أجرك نصف درهم أو قيراط ذهب فهو جائز لانه مستقرض
للدنار وهو قابض له لا اتصاله بملكه فكانه قبضه بيده ثم استأجره لعمل معلوم ببذل معلوم
واذا دفع اليه عشرة دراهم فضة وقال اخلط فيها خمسة دراهم فضة ثم صمها قلباً ولك كذا فقل هو
جائز لانه استقرض منه قدر خمسة دراهم فضة وقد صار قابضاً لها بالاختلاط بملكه ألا ترى
أنها لو هلكت بعد الخلط هلكت من مال الآمر ثم استأجره للعمل في ملكه ببذل معلوم
وهذا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه فضة وقال صنع لي من عندك عشرة دراهم فضة قلباً على أن
أعطيك أجر كذا فهو باطل لان فضة العامل في يده ألا ترى أنها لو هلكت تكون من ماله فيكون
فيه عاملاً لنفسه ولو اختلفا فقال الدافع كانت فضتي اثني عشر درهما وأمرتك أن تزيد فيها ثلاثة
فقال المدفوع اليه بل كانت عشرة وأمرتني فزدت خمسة وفي القلب خمسة عشر فالقول قول
المدفوع اليه أنه زاد خمسة لان الخلاف في مقدار ما دفع اليه من الفضة فالدافع يدعى عليه الزيادة

والمدفع اليه ينكر فالقول قوله مع يمينه ثم المدفع اليه يدعي انه أمره أن يزيد فيها خمسة والدافع ينكر الامر فيما زاد على الثلاثة فالقول قوله فيها مع يمينه فبين انه زاد درهمين فوق ما أمره به فكان مخالفا لأمره ضامنا للدافع مثل فضته فيكون له ذلك لانه اقام العمل المشروط عليه وزاد فاذا رضى بالزيادة استوجب العامل كمال اجره ولو كان القلب محشوا لا يعلم وزنه ولا يعرف واتفقا انه أعطاه عشرة وأمره أن يزيد فيه خمسة فقال الدافع لم تزد فيه شيئا وقال العامل قد زدت فيه خمسة فالقول قول الدافع لانه ينكر القبض بحكم القرض فان شاء العامل سلم القلب له وأعطاه الأمر من الاجر بحساب ذلك وان شاء أعطاه فضة مثل فضته لان اليد له فيه فله أن لا يخرج القلب من يده اذا كان ما زاد فيه وهو الخمسة بزعمه لاتصل اليه فاذا احتبس عنده ضمن للدافع فضة مثل فضته بعد أن يحلف الآخر ما يعلم انه زاد فيه خمسة لانه لو أقر بذلك لزمه فاذا أنكر فيستحلف عليه ولو اتفقا على انه زاد فيه خمسة فقال الآخر كانت فضتي بيضاء وأمرتك أن تزيد فيها فضة بيضاء وقال العامل كانت سوداء وأمرتني أن أزيد فيها فضة سوداء فالقول قول العامل لان الاختلاف في صفة المدفع اليه ولو اختلفا في مقداره فالقول قوله فكذلك في صفته وان اختلفا في الاجر في المقدار بان قال الدافع عملته بغير أجر فالقول قول الدافع لانكاره وجوب الاجر في ذمته أو الزيادة على ما أقر به * رجل اشترى من رجل عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجدها زيوفا بعد ماتفرقا فاستبدلها منه ثم استحق تلك الدراهم الزيوف لم يبطل العقد لانه حين استبدلها بالجياد قبل أن يستحق فانما استقر حكم العقد على الجياد دون الزيوف المردودة واستحقاق ما ليس فيه حكم العقد لا يؤثر في العقد وهذا لما يتأتى على قولهما وكذلك عند أبي حنيفة ان كان الرد بعيب الزيادة والاستبدال به قبل افتراقهما عن مجلس العقد أو بعد الافتراق والمردود قليل * رجل استقرض من رجل كر حنطة وقال اطحنها لي بدرهم فطحنها قبل أن يقبضها كان هذا باطلا ولا أجر له لان المستقرض لم يصرفها بضا وانما طحن صاحب الحنطة حنطة نفسه فلا يستوجب الاجر على غيره ولكن ان أعطاه الدقيق فعليه دقيق مثله لانه انما اقرضه الدقيق * ولو دفع اليه كر حنطة وقال اقترضني نصف كر واخاطه به ثم اطحنها لي بنصف درهم كان هذا جائزا لانه صار قابضا لما استقرضه بالاختلاط يملكه بامره فيكون الطحان عاملا له في حنطته فيستوجب الاجر * ولو دفع اليه لجاما وذهبا فقال موهه به وما

فضل فهو لك أجر لم يجز لجهالة مقدار الاجر فان عمله كان له أجر مثله لاستيفاء المنفعة بعقد فاسد وما بقي من الذهب فهو مردود على صاحبه ولو اشترى قلب فضة بدينار ودفع الدينار ثم ان رجلا أحرق القلب في المجلس فللمشتري الخيار لتغير العقود عليه فان اختار امضاء العقد واتباع المحرق بقيمة القلب من الذهب فان قبضه منه قبل أن يفارق المشتري البائع فهو جائز لان قبض بدل القلب في المجلس كقبض عينه ويتصدق بالفضل على الدينار وان كان فيه لانه ربح حصل لا على ضمانه وان تفرقا قبل أن يقبض القيمة بطل الصرف وعلى البائع رد الدينار واتباع المحرق بقيمة القلب في قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يبطل الصرف بافتراقهما بمد اختيار المشتري تضمن المحرق قبل القبض منه وهو وقول أبي حنيفة كقول أبي يوسف الآخر رحمهما الله وان لم يذكره هنا فقد نص عليه في نظيره في الجامع اذا قتل المبيع قبل القبض فان اختار المشتري تضمن القاتل في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر رحمهما الله يصير قابضا بنفس الاختيار حتى لو نوى ذلك على القاتل يكون من مال المشتري وفي قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لا يصير قابضا بنفس الاختيار ووجه هذا القول أن قبض بدل الصرف لا يكون الا بعين تصل الى يده وكذلك قبض المبيع اذا كان عينا وباختياره تضمن المحرق والقاتل لا تصل يده الى شيء فلا يصير قابضا لان عين القلب لم تقبض وقيمته دين في ذمة المحرق ولا يتصور أن يكون قابضا لما في ذمة غيره وليس في اختياره أكثر من أن توجه له المطالبة على المحرق ببطل الصرف وهذه المطالبة نظير المطالبة التي توجه بالعقد على من عامله فكما لا يصير قابضا هناك بتوجه المطالبة له فكذلك هنا وصار هذا كما لو أحاله ببطل الصرف على انسان في المجلس فقبل الحوالة لا يصير قابضا وان توجهت له المطالبة على المحتال عليه وتحول بدل الصرف الى ذمته وجه قوله الآخر أن المحرق قابض متلف والمشتري حين اختار تضمنه قد صار راضيا بقبضه ملزما اياه الضمان بالتلافه ولو كان أمره بالقبض في الابتداء كان يتم عقد الصرف بقبضه فكذلك اذا رضى بقبضه في الانتهاء بخلاف الحوالة فالمحتال عليه هناك لم يقبض شيئا حتى يجعل قبضه كقبض الطالب والاشكال على هذا الحرف أن على المشتري أن يتصدق بالفضل ولو كانت طريق هذا لم يلزمه التصديق بالفضل لان وجوب الضمان بالتلاف بعد القبض فيكون ربحا على ضمانه ولكن أبو يوسف يقول انما يصير قبضه له باختياره تضمنه

وذلك بعد الاتفاق وبعد ماوجب التصديق بالفضل فلا يظهر في ابطال حق الفقراء مع أن باب التصديق مبنى على الاحتياط وهذا شيء يقدر اعتبار الاتمام قبضه فيظهر في حقه لاني حق الفقراء ولان قيمة المبيع صارت دينا على المتلف ولا يتصور أن تكون قيمة المبيع دينا للمشتري على الاجنبي الا بعد القبض فلا بد من ادراج القبض في هذا الاختيار يقرره أنه لا يمكن أن يحمل ذمة المتلف قائمة مقام ذمة البائع في ايجاب ضمان المبيع فيها فان قيمة المبيع لا تجب على البائع قبل القبض بحال ألا ترى أنه لو أنف المبيع قبل القبض لا يلزم قيمته فرفنا أنه واجب للمشتري ابتداء في ذمة المتلف ولا يكون ذلك الا بعد القبض بخلاف الحوالة فذمة المحتال عليه هناك تقوم مقام ذمة المحيل فيما كان ثابتا فيه من بدل الصرف وان اشترى سيفا محلي فيه خمسون دينارا بمائة درهم أو بعشرة دنانير فنقد الثمن ولم يقبض السيف حتى أفسد رجل شيئا من حمائله أو جفنه فاختر المشتري أخذ السيف وتضمن المفسد قيمة ما أفسده فله ذلك لانه جنى على نفسه فله ان قبض السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض من المفسد ضمان ما أفسده لم يضره ذلك في البيع لان الواجب على المفسد بدل المبيع والقبض فيه ليس بشرط في المجلس انما ذلك في الصرف خاصة وهذا بمنزلة ثوب اشتراه فاحرقه انسان قبل القبض فاختر المشتري إرضاء العقد واتباع المحرق لا يشترط قبض ذلك في المجلس وان كان المفسد أفسد السيف كله واختر المشتري إرضاء العقد وتضمن المفسد ونقد البائع الثمن ثم فارقهم المفسد قبل أن يؤدي القيمة لم يفسد البيع لان المفسد ليس من العقد في شيء لا يضرهما ذهابه كالمحتال عليه وان فارق البائع المشتري قبل قبض القيمة فهو على الخلاف عند أبي يوسف آخره لا يبطل الصرف وهو قول أبي حنيفة وعند محمد ينتقض البيع كله في حصة الحلية للافتراق قبل القبض وفي حصة السيف لان الكل شيء واحد ولو أسلم ثوبا في كر حنطة أو باع ثوبا بدينار فمشم رجل القلب وشق الثوب بأثنين فاختر مشتري القلب والمسلم اليه أخذ الثوب والقلب وقال يتبع المفسد بضمان ذلك وتقابضا قبل أن يفترقا فذلك جائز وان لم يقبض القيمة حتى تفرقا فانه قبض القلب بعينه وقبض رأس المال بعينه فلا يضرهما عدم قبض النقضان من الهاتمين في المجلس لان ذلك مقابلة الوصف والمعقود عليه العين وانما يشترط قبض المعقود عليه في المجلس * رجل اشترى سيفا محلي فيه خمسون درهما فضة بمائة درهم فاحرق رجل بكرة من حليته فاختر المشتري إرضاء البيع وتضمن المحرق فنقد الثمن وقبض

السيف ثم فارق البائع قبل أن يقبض قيمة البكرة فالبيع ينتقض في البكرة خاصة دون السيف عند محمد لأنه باختيار تضمين المحرق لا يصير قابضا فالبكرة قد زالت السيف فانتقض العقد فيها بالاقتراق قبل القبض لا يوجب الانتقاض فيما بقي وفي قول أبي يوسف الآخر لا ينتقض البيع في البكرة أيضا لأنه صار قابضا باختياره تضمين المحرق وكذلك القول في السلم إذا استهلك الرجل رأس المال قبل التسليم فاختر المسلم إليه تضمين المستهلك ثم فارق رب السلم قبل القبض بطل البيع في قول محمد ولم يطل في قول أبي يوسف وهو بناء على الأصل الذي بينا . وإن اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهماً وتقابضا ثم باعه المشتري مربحة بربح عشرين درهماً أو بربح ده يازده أو بربح ثوب بعينه أو بوصفه نحو ذلك لم يجوز لأن الحلية في السيف حصة من الربح والخسران فيكون بمقابلتها أكثر من وزنها من الفضة أو أقل وذلك ربا وبفساد العقد في الحلية يفسد في جميع السيف فإن قيل كان ينبغي أن يجعل مثل وزن الحلية من الثمن بمقابلتها والباقي كله بمقابلة السيف كما لو لم يذكر المربحة قلنا لا يجوز أن يصح العقد على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان وقد صرحا بأن العقد في حصة الحلية مربحة أو وضيعة وذلك ينعدم إذا جعل بمقابلتها مثل وزنها ولانها جملا الربح في ثمن السيف ده دوازده فإذا جعلنا جميع الربح بازاء السيف يكون الربح في ده دوازده ولا يمكن أن يقال تثبت حصة السيف من الربح وتبطل حصة الحلية لأن البائع لم يرض أن يملك عليه السيف حتى يسلم له جميع ما سعى من الربح وإن البيع حينئذ يكون تولية في الحلية ولم يقصدا ذلك وإن رابحه فيما سوى الفضة جاز لانها صرحا بكون العقد تولية في حصة الحلية مربحة في حصة السيف وذلك مستقيم فاما اللجام الموء فلا بأس بالمربحة فيه لأن التولية لا يتخلص فلا يتمكن فيه الربا باعتباره وإن اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم باعه مربحة بربح نصف دينار أو بربح درهم فلا بأس بذلك أما إذا باعه بربح نصف دينار فإن الجنس مختلف فيه والفضل لا يظهر عند اختلاف الجنس فيكون تابع القلب بدينار ونصف درهم وذلك جائز وإن باعه بربح درهم فكذلك الجواب في ظاهر الرواية لأنه يصير تابع القلب بدينار ودرهم وذلك جائز وعن أبي يوسف لا يجوز لأن الدرهم يقابله مثل وزنه من القلب على ما عليه الأصل فإن الفضة بمثل وزنها مقابلة ثابتة شرعا ولو جوزنا هذا كان الدينار بمقابلة تسعة أعشار القلب والدرهم بمقابلة عشر القلب فيكون بعض ماسمياه رأس المال ربحا

فيه تسعة اعشار القلب وبعض ماسمياه ربحاً رأس المال في عشر القلب وذلك تصحيح على غير الوجه الذي صرح به المتعاقدان ولو كان قام عليه بعشرة دراهم فباعه بربح درهم لم يجوز لانه بيع العشرة باحد عشر ولو ضم معه ثوبا قد قام معه بعشرة دراهم وقال قد قام على هذا بعشرين درهما فباعهما بربح درهم أو بربح ده يازده فعلى قول أبي حنيفة العقد يفسد كله لانه فسد في حصة القلب لاجل الربا أو العقد صفقة واحدة وعندهما يجوز في حصة الثوب لان أحدهما منفصل عن الآخر وبفساد العقد في أحدهما لا يتمكن المفسد في الآخر وكذلك لو اشترى جارية وطوق فضة عليها فيه مائة درهم بالف درهم وتقابضاً ثم باعها مرابحة بربح مائة درهم أو بربح ده يازده فالمقد فاسد في قول أبي حنيفة وعندهما يجوز في الجارية دون الطوق لان أحدهما يتميز عن الآخر بغير ضرر وقد ذكر الكرخي رحمه الله رجوع أبي يوسف رحمه الله الى قول أبي حنيفة رضي الله عنه في مسئلة الطوق فاستدلوا به على رجوعه في نظائره وقد ذكرنا هذا في كتاب البيوع * ولو اشترى سيفاً بحلى بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضاً ثم حط عنه درهما فهو جائز لان الحط ليس من ثمن الفضة فانه يثبت على سبيل الالتحاق باصل المقد ويخرج قدر المخطوط من أن يكون ثمناً فكانه في الابتداء اشترى السيف بتسعة وتسعين درهما فيكون بمقابلة الحلية مثل وزنها والباقي بمقابلة السيف ولو ابتاع قلب فضة وزنه عشرة دراهم وتقابضاً ثم حط عنه درهما وقبل الحط وقبضه بعد ما افترقا من تمام البيع أو قبل أن يفترقا ففسد البيع كله في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الحط باطل ويرد الدرهم عليه والعقد الاول صحيح وفي قول محمد رحمه الله العقد الاول صحيح والحط بمنزلة الهبة المبتدأة له أن يتمتع منه ما لم يسلمه ولو زاده في الثمن درهما وسلمه اليه ففسد العقد في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله الزيادة باطلة والعقد الاول صحيح وكذلك لو شرطاً بعد العقد لأحدهما خياراً أو أجلاً يفسد به العقد في قول أبي حنيفة وعندهما يبطل هذا الشرط والعقد الاول صحيح وكذلك في البيع اذا ذكر فيه شرطاً فاسداً بعد العقد وعند أبي حنيفة ياتحق ذلك بأصل العقد حتي يفسد العقد وعندهما يبطل هذا الشرط وحجتهم في ذلك أن الشرط والزيادة يبيع في العقد ولا يجوز أن يكون البيع في الشيء مبطلاً لاصله ولان في اثبات الزيادة والشرط المذكورابطاله لان صحة ذلك بصحة العقد فاذا أثبتنا ذلك على سبيل الالتحاق بأصل العقد يبطل العقد به وببطلان العقد تبطل

الزيادة فيكون هذا اشتغالا بما لا يفيد وأبو حنيفة يقول المعنى الذى لأجله يلتحق الشرط الصحيح والزيادة بأصل العقد موجود هنا وذلك المعنى هو أنهما قصدا تغيير وصف العقد بجعل الخاسر رابحا واللازم غير لازم والتصرف في العقد اليهما ألا ترى أنهما يملكان فسخه وإبقاءه فكذلك يملكان تغيير وصفه لأن صفة الشيء تملك بملك أصله وهذا المعنى موجود هنا فأنهما غيرا وصف العقد من الجواز الى الفساد واليهما ذلك فواقع عليه الاتفاق بعد العقد يجعل كالمذكور في أصل العقد ولو ذكر في أصل العقد ثبت وإن فسد به العقد فكذلك إذا ذكر بعد العقد ألا ترى أن أحد المصارفين إذا وهب بدل الصرف قبل القبض من صاحبه وقبل فانه يفسد به العقد بالطريق الذى قلنا فكذلك إذا رده في بدل الصرف ومحمد فرق بين الخط والزيادة فقال في الخط إفاء العقد الأول مع أن تصحيح الخط ممكن بأن يجعل ذلك هبة مبتدأة فيصار اليه كما لو اشترى ثوبا بعشرة فحط البائع عنه الثمن كله بعد القبض وقبله فانه يصح الخط بطريق الهبة المبتدأة ويجعل البيع صحيحا بخلاف الزيادة لانه لا وجه الى ذلك فصرف الى الغاء الزيادة وتصحيح العقد الأول ولكن هذا ليس بتصحيح فان حط جميع الثمن يتعذر إلحاقه بأصل العقد لانه يخرج به العقد من أن يكون بيعا ويصير هبة ولم يقصد المتعاقدان ذلك بأصل السبب فهذا جعلناه هبة وهنا لو ثبت حط البعض على وجه الانتحاق بأصل العقد لم يخرج العقد به من أن يكون صرفا كما باشراه وانما يفسد به العقد والفساد من جنس الزائد ألا ترى أن الوكيل لا يضمن بالفساد والوكيل بالبيع إذا وهب كان ضامنا يوضح الفرق أن الخط لاخراج العين من العقد أو لادخال الرخص فيه والإنسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه بحط الجميع قصد البر المبتدأ فجعلناه هبة كذلك وهو يصير مغبونا ببعض الثمن في عقد الصرف كما يصير مغبونا في عقد البيع فيكون الخط لادخال الرخص فيه ولا يحصل ذلك بعمله هبة مبتدأة فهذا التحق بأصل العقد إلا أنه يشترط قبول الآخر هنا بخلاف الخط في سائر البيوع لأن في صحة هذا الخط افساد هذا العقد ولا ينفرد أحد المتعاقدين بافساد العقد وهناك في تصحيح الخط اسقاط ذلك القدر من الثمن والاسقاط يتم بالمسقط وحده ولو اشترى ثوبا فضة وثوبا بعشرين درهما وفي الثوب عشرة دراهم وتقابضاهم حط عنه درهما من ثمنهما جميعا فان نصف الخط في الثوب وينتقض البيع في الثوب في قول أبي حنيفة لانه ثبت الخط فيهما جميعا فانه نص على ذلك

بقوله حططت عنك درهما من ثمنها جميعا فيفسد العقد في حصة القلب لانه يكون بمقابلته أقل من وزنه ولكن هذا فساد طارئ فلا يفسد به العقد في حصة الثوب بخلاف المقترن بالعقد وهذا بخلاف الأول عند أبي حنيفة فان الخط هناك لما ثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في الكل وهنا انما يظهر الفضل الخالي عن المقابلة في القلب دون الثوب فلهذا جاز البيع في الثوب مع نصف الخط ولو كان المبيع سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما فحط عنه من ثمنه درهما أجزت ذلك وجعلت الخط على غير النضة لان الخط يلتحق بأصل العقد ويخرج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً فيكون البيع كان في الابتداء بتسعة وتسعين درهما وهذا بخلاف الأول فان القلب مع الثوب شيان مختلفان وقد جعل الخط من ثمنهما والسيف مع الحلية كشيء واحد وقد جعل الخط من ثمنه فلو جعلنا ذلك في حصة السيف خاصة لا يكون في هذا تغيير مانص عليه المتصرف * ولو باع قلب فضة بعشرين ديناراً وتقابضاً ثم حط عنه بعد ما افترقا عشرة دنائير فهو جائز سواء قبضها أو فارقته قبل الخط لانه بالتحاق القبض بأصل العقد لا يظهر الربا هنا لاختلاف الجنس والقدر المحطوط يخرج من أن يكون ثمناً فيجب رده باعتبار انه قبض فوق حقه وترك القبض في المجلس في مثله لا يضر وعلى هذا لو زاد أحدهما صاحبه في البذل الذي من قبله فعند اتحاد الجنس يبطل العقد عند أبي حنيفة اذا قبل الآخر الزيادة وعندهما الزيادة تبطل وعند اختلاف الجنس الزيادة تثبت على سبيل الالتحاق بأصل العقد لانه ليس في اثبات الزيادة في هذا الموضع افساد أصل العقد لان الزيادة ان كانت ثوباً فتفرقاً قبل قبضه لم يضرهما شيئاً كما لو كان مذكوراً في أصل العقد لان العقد فيه بيع وان كانت الزيادة من النقود يشترط قبضها في المجلس لانه وجب في هذا المجلس والتحق بأصل العقد فكان بدل الصرف فشرط قبضه في المجلس الا ان اجتماعهما في مجلس العقد في أصل بدل الصرف وان افترقا قبل قبض الزيادة بطل العقد في حصة الزيادة خاصة كما لو كان مذكوراً في أصل العقد ولم يقبض حتى افترقا * ولو اشترى سيفاً محلي بمائة درهم وحليته خمسون درهما وتقابضاً ثم زاد مشترى السيف درهما أو ديناراً فهو جائز وان تفرقاً قبل القبض لان الزيادة ليست في الحلية انما هي في ثمن السيف فان الزيادة تلتحق بأصل العقد ولو كانت مذكورة في العقد كانت بمقابلة السيف دون الحلية ولو كان بائع السيف زاده ديناراً

أو قبضه قبل الافتراق جاز وإن فارقته قبل أن يقبض انتقض من الثمن بحصة الدينار لأن الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير كأنه صارف سيفاً محلي وديناراً بمائة درهم فخمسون درهماً من الثمن بمقابلة الحلية وتقسّم الخمسون الباقية على قيمة الدينار وقيمة السيف بغير حلية فما يخص الدينار يجب رده لأن العقد قد يبطل فيه بترك قبض الدينار في المجلس * ولو اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بمشرة واشترى هو أو غيره ثوباً بمشرة ثم باعها بربح ده يازده أو بوضعية عشر أحد عشر جازت حصة الثوب ولا تجوز حصة القلب لمنى الربا وهذا قولهما أما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فيفسد العقد كله لاتحاد الصفقة ولو قال أبيعكم ما بوضعية درهم من عشرين أو زيادة درهم على عشرين درهماً كان جائزاً وكانت الفضة بمثلها والثوب بما بقي لأنه لم ينسب العشرين إلى رأس المال ولا إلى ما قام عليه به فكان هذا بيع مساومة وفي بيع المساومة يقابل الفضة مثل وزنها والباقي بمقابل الثوب بخلاف الأول فهناك نص على بيع المراجعة فيهما وفي بيع المراجعة لا بد من اعتبار الثمن الأول وذلك يمنع من أن يجعل جميع الربح بمقابلة الثوب * ولو اشترى فضة بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى شيئاً بخمسين درهماً وزنها كذلك واشترى سيفاً بخمسين درهماً بحفنه وحماؤه ثم أنفق عليه خمسة دراهم وعلى الصياغة خمسة دراهم ثم قال يقوم على بمائة وعشرة فباعه بمراجعة على ذلك بربح عشرة أحد عشر أو بربح عشرين درهماً كان ذلك كله فاسداً لأنه صرح بجعل بعض الربح بمقابلة الفضة والكل في حكم شيء واحد فإذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان الثمن والنفقة دنائير جاز لأن عند اختلاف الجنس لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة ولو اشترى فلساً بمشرة دراهم وفيه عشرة دراهم وقبض القلب وغصبه الآخر عشرة دراهم أو استقرض منه ذلك ثم افترقا فهو ضمان من القلب لأن شرط بقاء العقد قبض البديل في المجلس وقد وجد فانه مستوف لحقه وإن أخذ على سبيل القصب والقرض لأنه ظفر من جنس حقه من مال غريمه فيكون بالقبض مستوفياً لحقه لا مستقرضاً ولا قابضاً ولا يشترط اتفاقهما على المقاصة هنا بخلاف الدين الواجب قبل عقد الصرف إذا جعلاً بدل الصرف قصاصاً به وقد بيناه * ولو اشترى القلب مع ثوب بمشرين درهماً وقبض القلب ونقد عشرة دراهم ثم افترقا كان المنقود من القلب خاصة استحساناً لأن قبضه مستحق في المجلس وقبض ثمن الثوب ليس بمستحق وفي سائر البيوع إنما يجعل المنقود من ثمنها لأجل المعاوضة والمساواة ولا معاوضة بين المستحق وبين ما ليس بمستحق ولأن في

جعل ذلك من ثمنهما هنا نقض البيع في نصف القلب ولما كان يستحسن لتصحيح العقد فيه في
الابتداء فالاستحسان للتحرز عن فساد به بعد الصحة أولى ولو نقده العشرة وقال هي من ثمنهما
جميعا فهو مثل الاول لان الشئ يضاف الى الشئين والمراد أحدهما قال الله تعالى يخرج منهما
الاولئ والمرجان والمراد أحدهما وهو المالح وقال تعالى يامعشر الجن والانس أليأتكم رسل
منكم فالمراد به الانس خاصة فهنا وان قال هو من ثمنهما فقد قصد إيفاء الحق المستحق عليه
وايفاء ثمن القلب في مجلس العقد مستحق بخلاف ثمن الثوب فيصرف ذلك الى ثمن القلب
وان قال هي من ثمن الثوب خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع
في القلب لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الاضافة ولا مساواة بعد
تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن الثوب خاصة والقول في ذلك قوله لانه هو المملك
فالقول في بيان جهته قوله ولو كان اشترى سيفاً على بمائة درهم وحليته خمسون رهماً وقبض
السيف ونقده خمسين وقال هي من ثمن السيف دون الحلية ورضى بذلك القابض أو لم يرض
فهو سواء وفي القياس هو لما صرح به يبطل العقد بافتراقهما كما في الفصل الاول ولكنه
استحسن فجعل المنقود من الجاهلية هنا لانا لو جعلنا المنقود من الحلية يصح القبض والدفع
ولو جعلناه من السيف يبطل ذلك كله لان العقد في حصة الحلية يبطل بالافتراق قبل القبض
ويبطل العقد ببطلانه في حصة السيف فيجب رد المقبوض فكان هذا تصريحاً بما لا يفيد
فيستقط اعتباره بخلاف الثوب فان هناك لو جعلنا المنقود من ثمن الثوب سلم للقابض بذلك
الطريق. يوضحه ان الحلية والسيف شيء واحد وفي الشئ الواحد لا يعتبر تعيينه في المنقود
انه ثمن هذا الجانب دون الجانب الآخر بخلاف القلب والثوب وكذلك لو كان الثمن دنانير
ولو اشترى فضة بخمسة دنانير واشترى سيفاً وجفننا وحائل بخمسة دنانير وأنفق على صناعته
وتركيه دنانير ثم باعه مرابحة على ذلك بربح ده يارده وتقابضا كان ذلك جائزاً لان الجنس
مختلف لا يظهر الفضل الخالي عن المقابلة وكذلك لو كان قلب فضة يقوم عليه بدینار وثوب
لاخر يقوم بدینارين فباعها مرابحة بربح دينار أو بربح ده يارده فان الربح بينهما على
قدر رأس كل واحد منهما لان الثمن الباقي في بيع المرابحة مقسوم على الثمن الاول وقد
كان الثمن الاول بينهما أثلاثاً وان كان قلب فضة لرجل وعشرة دراهم وثوب لاخر قيمته
عشرة دراهم فباعها من رجل بعشرين درهماً باع كل واحد منهما الذي له الا أن

البيع صفقة واحدة ثم نقد المشتري صاحب القلب عشرة فهي له خاصة لان كل واحد منها تولى بيع ملكه بنفسه فاليه قبض ثمنه ولا شركة بينهما في المقبوض لانه لم يكن بينهما شركة في المبيع ولا ينتقض البيع ان تفرقا قبل أن ينقد الباقي لان الباقي ثمن الثوب ولو باعا جميعا الثوب وباعا جميعا القلب فنقد صاحب القلب عشرة ثم تفرقا انتقض البيع في نصف القلب بخلاف ما تقدم اذا كان بائعهما واحدا لان هناك جعلنا المنقود استحسانا لعدم التسوية بين المستحق وغير المستحق وهذا لا يوجد هنا لان كل واحد منهما استحق قبض نصف ثمن القلب فان استحقاق القبض للعائد سواء باشره لنفسه أو لغيره وقد باعا جميعا القلب والتعاضد أحدهما فلا يمكن جعل نصف المنقود عوض ما باعه الآخر من القلب فان قالوا كذلك فان قبض الموكل من ثمن القلب كقبض الوكيل فصاحب القلب اذا قبض ثمن القلب وهو في النصف عائد وفي النصف موكل أمكن جعل المنقود كله ثمن القلب قلنا نعم ولكن الترجيح باعتبار الاستحقاق وقبض الموكل غير مستحق له بالمقد فالعديم المعنى الذي لاجله رجحنا ثمن القلب ولو باع لؤلؤة بمائة دينار على أن فيها مثقالا فاذا فيها مثقالان كان البيع جائزا لان الوزن في اللؤلؤ صفة والمقد انما ينقد على عينه لاعلى صفته وكذلك لو باع دارا بالف درهم على أنها ألف ذراع فاذا هي الف وخمسمائة ذراع كان البيع جائزا على جميعها لان الذراعان في الدار صفة ألا ترى أن باختلافها تختلف صفة العين في الضيق والسعة ولا يتبدل الاسم ولو كان باعها على أنها ألف ذراع كل ذراع بدرهم كان بالخيار ان شاء أخذها بالف وخمسمائة وان شاء ترك لانه صرح بجعل كل درهم بمقابلة كل ذراع وقد تغير على المشتري شرط عقده فانه اشتراها على أن تسلم له بالف درهم والآن لا تسلم له الا بالف وخمسمائة فلزمه زيادة في الثمن ولم يرض بالتزامه فيثبت له الخيار وكذلك قلب فضة اشتراه بعشرة دراهم على أن فيه عشرة فاذا فيه عشرون درهما فهذا كله درهم بدرهم سواء قل درهم درهم أو لم يقل فلم يأخذه بعشرين درهما ان لم يكن تفرقا عن المجلس وان شاء تركه عندنا وقال الحسن بن زياد وزفر رحمهما الله البيع باطل لانهما نصا على عقد الربا بتسمية العشرة بمقابلة قلب وزنه عشرون درهما ولكننا نقول مثل وزنها في البيع وذلك حكم ثابت بالشرع فيكون بمقابلة كل درهم درهما صرحا بذلك أو لم يصرحا وعند الله مريح بذلك جاز البيع في جميع القلب بمثل وزنه فكذلك عند الاطلاق لان المستحق شرعا يكون أقوى من

تنصيص المتعاقدين عليه بخلاف الذرعان في الدار ثم ان لم يتفرقا يخير لانه لزمه زيادة في ثمن القلب لم يرض بها فان كان تفرقا جازله نصف القلب لانه ما قبض الا ثمن نصف القلب فكانه باعه القلب بعشرين درهما وتقد في المجلس عشرة ولهذا لا يتخير لان العيب بفعله وهي المفارقة قبل أن يقبض بعض الثمن فان كان اشتراه بدينار فهو كله بدينار لان المسمى هنا بمقابلة عين القلب ولو وزن في القلب صفة فان القلب مما يضره التبويض وفيما يضره التبويض الوزن صفة فان باختلاف الوزن تختلف صفته فيكون أثقل أو أخف ولكن لا يتبدل اسم العين ولو كان قال كل درهم بعشر دينار أخذه بدينارين ان شاء لانه أعقب منهم كلامه تفسيراً فيكون الحكم لذلك التفسير ويصير بائناً كل درهم من القلب بعشر دينار فيتخير المشتري لما يلزمه من الزيادة وعلى هذا لو كان القلب أنقص وزناً في الفصيلين جميعاً وثبوت الجواز هنا وان انتقص عنه الثمن لتغير شرط عقده وقد يرغب الانسان في قلب وزنه عشرة مثاقيل ولا يرغب فيما اذا كان وزنه خمسة مثاقيل ولو باع قلب فضة فيه عشرة وثوباً بعشرين درهما فتقدم منها عشرة وقال نصفها من ثمن القلب ونصفها من ثمن الثوب وتفرقا انتقص البيع في نصف القلب لانه نص على أن نصف المتقود من ثمن الثوب ولو نص على أن جميع المتقود من ثمن الثوب جعل من ثمنه خاصة فكذلك نصفه وهذا بخلاف ما لو قال المتقود من ثمنها جميعاً فإنه يجعل كله من ثمن القلب لان هناك ما صرح به بقي فيه بعض الاحتمال فقد يضاف الشيء الى شئين والمراد أحدهما كما في قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وقوله تعالى ألم يأتكم رسل منكم أما هنا بعد التصريح على التنصيف لا يبقى احتمال جعل الكل بمقابلة القلب وأما في السيف اذا سمي فقال نصفها من ثمن الحلية ونصفها من ثمن السيف ثم تفرقا لم يفسد البيع لانه لو صرح بان الكل بمقابلة السيف لم يعتبر تصريحه اما لان السيف مع الحلية شيء واحد وتصريحه على أن المتقود عوض جانب منه دون جانب غير معتبر أو لان المقبوض لا يسلم بالطريق الذي نص عليه لان المقدم يبطل في السيف بطلانه في الحلية أو في بعضها ونحن نسلم أن قصدهما أن يسلم المقبوض للقابض ولا وجه لذلك الا أن يجعل بمقابلة الحلية ولو قال أبيعك السيف بمائة درهم وخمسين نقداً من ثمن السيف والحلية وخمسين نسيئة من ثمن السيف والحلية ثم تفرقا كان البيع فاسداً لانه شرط الاجل في بعض ثمن الحلية وذلك مفسد للعقد والسيف شيء واحد فاذا فسد العقد في بعضه فسد في كله ولو كان هذا في القلب

والثوب فسد البيع أيضا في قول أبي حنيفة رضى الله عنه وعندهما يجوز في الثوب وقد تقدم نظائره * ولو اشترى سيفاً بمائة درهم على أن حليته خمسون درهما وتقابضا فإذا حليته ستون درهما ولم يتفرقا فالمشترى بالخيار أن شاء زاده عشرة دراهم وأخذ السيف وإن شاء نقض البيع لانه لما سعى وزن الحلية خمسين درهما فقد صرح بتسمية الخمسين بمقابلة السيف فإذا ظهر أن الحلية ستون درهما ومقابلة كل درهم درهم شرعا ظهر أن ثمن الحلية ستون درهما ويكون ثمنها مائة وعشرة ويتخير المشتري لانه لزمه زيادة في الثمن وإن كانا تفرقا فالبيع منتقض لأن ثمن سُدس الحلية لم يقبض في المجلس وبانتقاض العقد في الحلية ينتقض في جميع السيف وكذلك لو كان في حلية السيف مائة درهم فإن لم يتفرقا فإن شاء زاده خمسين درهما وأخذ السيف وإن شاء ترك لأن بمقابلة السيف خمسين ومقابلة الحلية مثل وزنها وهذا بخلاف الابريق لأن بيع نصف الابريق جائز فيمكن إيفاء العقد في نصف الابريق بعد الافتراق وبيع نصف الحلية لا يجوز وكذلك بيع السيف مع نصف الحلية لا يجوز لأن فيه ضررا في التسليم فإذا بطل العقد في البعض بطل في الكل * ولو اشترى سيفاً على وزن حليته خمسون درهما بعشرة دنانير وتقابضا واقتراقا فإذا في السيف مائة درهم فالبيع جائز لانه يصير بتسمية وزن الحلية مسميا بمقابلة السيف خمسة دنانير ومقابلة الحلية خمسة دنانير فلا يضره زيادة وزن الحلية بعد ذلك وقد بينا في التاب نظيره * ولو اشترى قلب فضة بدينار على أن فيه عشرة دراهم فإذا فيه عشرون درهما كان البيع جائزا في الكل ولو كان مكان القلب نقرة رد نصفها لأن النقرة لا يضرها التبعيض والعقد انما يتعلق بالمسمى من الوزن ألا ترى أنه لو قال بعت منك وزن عشرة دراهم من هذه النقرة يجوز ولو قال من هذا القلب لا يجوز ولو باع قلب فضة لرجل وكله يبيعه وكله آخر يبيع الثوب فباعهما جميعا صفقة واحدة بدينار أو عشرة دراهم على أن ثمن الثوب الدينار وثن القلب الدراهم كان جائزا وإن دفع القلب وقبض ثمنه فهو جائز ولا يشركه صاحب الثوب في ثمن القلب لأن كل واحد منهما مسمى على حدة وبيع الوكيل بثمن منفصل كبيع الموكل بنفسه وكذلك لو كان الثمن عشرين درهما عشرة يبيض ثمن القلب وعشرة سود ثمن الثوب فهذا التفصيل وتفصيل العشرة والدينار سواء. ولو باعها بعشرين درهما صفقة واحدة ولم يبين أحدهما من صاحبه ثم نقده عشرة دراهم كان المقتود ثمن القلب لأن البائع واحد وهو

المستحق بقبض جميع الثمن فهذا وما لو باعها لنفسه سواء وإذا كان المنقود من ثمن القلب شرعا كان ذلك لصاحب القلب لأن اليد تملك الاصل ولا يشركه صاحب الثوب فيها لانعدام الشراكة بينهما في أصل القلب ألا ترى انه لو كان البيع بعشرين درهما عشرة نقد وعشرة نسيئة فقبض النقد وقبض الثوب والقلب كان جائزا وكان المنقود من القلب خاصة والنسيئة في ثمن الثوب فكذلك اذا قبض البعض في المجلس دون البعض والله أعلم بالصواب

كتاب الشفعة

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الأئمة ونفر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء الشفعة مأخوذة من الشفع الذي هو ضد الوتر لما فيه من ضم عدد الى عدد أو شيء الى شيء ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين فانه يضمهم بها الى العابدين وكذلك الشفع باخذه يضم المأخوذ الى ملكه فيسمى لذلك شفعة وزعم بعض أصحابنا رحمهم الله ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لانه يتملك على المشتري ملكا صحيحا له بغير رضاه وذلك لا يجوز فانه من نوع الاكل بالباطل وتأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولانه بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمتأثر في ابطال ملكه عليه وليس لاحد أن يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره ولكننا نقول تركنا هذا القياس بالاخبار المشهورة في الباب والاصح أن نقول الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز أن يقال انه مستحسن من القياس بل هو ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم من ذلك ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء عقارا وربيع ومن ذلك ما بدأ محمد ابن الحسن الكتاب به ورواه عن المسور بن مخرمة عن رافع بن خديج أن سعد بن مالك رضى الله عنه عرض يئطاله على جار له فقال خذه بأربعمائة أما انى قد أعطيت به ثمانمائة ولكنى أعطيكه بأربعمائة لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار أحق بصقبة وفيه دليل على أن من أراد بيع ملكه فانه ينبغي له أن يرضه على جاره مراعاة حق المجاورة قال صلى الله عليه وسلم ما زال جبريل يوصيني بالجار حتى ظننت أنه سيورثه ولانه أقرب الي حسن العشرة والتحرز عن الخصومة والمنازعة فلهذا فعله سعد رضى الله عنه وحط

عنه نصف الثمن لتحقيق هذا المعنى وقيل لاتمام الاحسان وان تمام الاحسان أن يحيط الشطر لما روى أن الحسن بن علي رضي الله عنه كان له دين علي انسان فطالب غريمه فقال أحسن الى يا ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال وهبت لك النصف فقيل له النصف كثير فقال وأين ذهب قوله تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين سمعت جدى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من تمام الاحسان أن يحيط الشطر فاما قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه فقد روي هذا الحديث بالسين والمراد القرب وبالصاد والمراد الاخذ والانتزاع يعنى لما جعله الشرع أحق بالاخذ بعد البيع فهو أحق بالعرض عليه قبل البيع أيضا وهو دليل لنا على ان الشفعة تستحق بالجوار فانه ذكر اسما مشتقا من معنى والحكم متى علق باسم مشتق فذلك المعنى هو الموجب للحكم خصوصا اذا كان مؤثرا فيه كما في قوله تعالى الزانية والزاني وقوله تعالى والسارق والسارقة وهذا المعنى مؤثر لان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة يعنى الضرر البادى الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ابعاد النار واعلاء الجدار وإثارة التبار ومنع ضوء النهار والشافعى يقول المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك قال الاعشى أيا جارتى بينى فانك طالق * كذلك أمور الناس عاد وطارقه

والمراد زوجته وهى شريكته فى الفراش ولكننا نقول فى هذا ترك الحقيقة الى المجاز من غير دليل ثم الزوجة تسمى جارة لانها مجاورة فى الفراش تتصرف عنه لا لانها تشاركه وفى الحديث ما يدل على بطلان هذا التأويل وأن سعدا رضى الله عنه عرض بيتا له على جار له وروى الحديث فذلك دليل على أن جميع البيت كان له وانه فهم من الحديث الجار دون الشريك حين استعمل الحديث فيه وعن الحسن فى الشفعة لليتيم قال وصيه بمنزلة أبيه ان شاء أخذ والغائب على شفيعته وفيه دليل ان الشفعة تثبت للصغير وأن وليه قوم مقامه فى الاخذ له لانه أخذ بطريق التجارة وفيه دفع الضرر عن اليتامى وتوفير المنفعة عليهم ولهذا المقصود أقام الشرع وليه مقامه وفيه دليل ان الشفعة تثبت للغائب لان السبب المثبت لحقه قائم مع غيبته ولا تأثير للغيبة فى ابطال حق تقرر سببه فاذا حضر وعلم به كان على شفيعته لان الحق بعد ما ثبت لا يسقط الا بالقاطعه والرضا بسقوطه صريحا ودلالة وبترك الطلب عند الجهل به والغيبة لا يتحقق هذا المعنى لانعدام تمكنه عن الطلب وعن أبى سعيد الخدرى أن النبي

صلى الله عليه وسلم قال الخليط أحق من الشفيع والشفيع أحق من غيره والخليط هو الشريك في نفس المبيع والشفيع هو الشريك في حقوق المبيع كالشرب والطريق وقيل على عكس ذلك فقد روى بعض الرواة أن الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع سمي خليطاً لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك * والشفيع هو الجار وفيه دليل أن حق الشفعة على مراتب وإن البعض يقدم على البعض بقوة سببه وهذا إنما يتأتى على مذهبنا فالشافعي فلا يوجب الشفعة إلا للشريك فلا يتأتى هذا الترتيب على مذهبه والحديث يدل عليه وعن عبد الملك بن مروان عن عطاء عن جابر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الجار أحق بصقبة ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقتهما واحداً وهذا من أقوى ما يستدل به فإنه لا شبهة في صحة هذا الحديث لأن عبد الملك بن مروان كان من أهل الحديث وعطاء بن أبي رباح إمام مطلق في الحديث وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة رضوان الله عليهم فلا طعن في إسناد هذا الحديث ولا وجه بحمل الحديث على الشريك فإنه إذا حمل على الشريك كان هذا لغواً وإنما يكون مفيداً إذا كان المراد جاراً هو شريك في الطريق قال كان شيخنا الإمام يقول العجب منهم يزعمون أنهم من أصحاب الحديث ثم يتركون العمل بمثل هذا الحديث مع شهرته فلا يبقى بعد هذا الحديث لهذا اللقب معنى سوى أنهم يتركون العمل بمثل هذا الحديث فلا جله سمو أصحاب الحديث لا لعلمهم بالحديث وعن الشعبي قال من بيعت شفته وهو حاضر فلم يطلب فلا شفعة له وبه نأخذ لأن سكوته عن الطلب بعد علمه وتمكنه من الطلب دليل الرضا منه بمجاورة الجار الحادث فيلتحق بالجار القديم باعتبار رضاه وذلك يبطل شفته ضرورة وعليه دل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن وأنبها أي لم يقعد عن طلبها وقال صلى الله عليه وسلم الشفعة كحل العقال فكفى بهذا عن سرعة سقوطها وعن شريح قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الجار والجار أحق من غيره وهو الصحيح على التفسير الذي قلنا أن الشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع وعن عمرو بن الشريد عن أبيه لشريد بن سويد رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بشفته ما كان والشريد هذا ممن صحب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض أسفاره ثم روى عنه أنه قال أتيت رسول الله صلى

الله عليه وسلم فاستشدني من أشعار الجاهلية فكلمنا أنشدت شيئاً قال صلى الله عليه وسلم
 ايه حتى أنشدت مائة بيت وأهل الحديث يرون حديثه هذا في الشفعة أن النبي صلى
 الله عليه وسلم سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شركة ولا قسم الا الجوار فقال صلى الله
 عليه وسلم الجار أحق بشفعته ما كان فهذا يدل على أن المراد حقيقة لا به نفى الشركة في السؤال
 وأثبت الجوار فقال صلى الله عليه وسلم ما كان وله معنيان أحدهما أن المراد من كان فان ما تذكر
 بمعنى من قال الله تعالى والسماء وما بناها فهو دليل على أن الشفعة للذكر والانثى والحر
 والمملوك والصغير والكبير والمسلم والذمي والثاني أن المراد بقوله ما كان أى ما كان أى
 يحتمل القسمة أولاً يحتمل القسمة فيكون دليلاً لنا على الشافعي حيث يقول لا تثبت الشفعة
 الا فيما يحتمل القسمة وبظاهره يستدل من أوجب الشفعة في بعض المنقولات كالسفن
 ونحوها وهو قول أصحاب الظواهر ولكن ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في
 كل ربع أو عقار تبين أن المراد بقوله ما كان العقار دون المنقول وعن شريح أنه قضى للنصراني
 بالشفعة وكتب في ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فأجازها وبهذا نأخذ دون ما رواه
 بعد هذا عن شريح أنه قال لا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا مجوسي وقوله الثاني كان يأخذ
 ابن أبي ليلى فيقول الاخذ بالشفعة رفق شرعى فلا يثبت لمن هو منكراً لهذه الشريعة ولكننا
 نأخذ بما قضى به شريح فقد تأيد ذلك بامضاء عمر رضي الله عنه ثم أهل الذمة اتزمو الأحكام
 الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر
 والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين وعن الحسن رضي الله عنه قال قضى
 رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة والجوار وفي بعض الروايات الجرار وهو دليل لنا على
 استحقاق الشفعة بسبب الجوار فأما معنى اللفظ الاخر أن الجار كان منازعاً قضى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم له بالجوار وبالشفعة فهو دليل على أن الجوار يستحق به الشفعة حتى سمع
 رسول الله صلى الله عليه وسلم فيه الخصومة فقضى به وبالشفعة وعن الحسن قال اذا اقتسم
 القوم الارضين ورفعوا سرباً بينهم فهم شفعاؤه وبه نأخذ فنقول الشركة في السرب تستحق
 به الشفعة لانها شركة في حقوق المبيع فيثبت باعتباره حق الشفعة كالشركة في نفس المبيع
 لان الحاجة الى دفع الضرر البادى لسوء المجاورة يتحقق في الموضعين جميعاً وعن شريح قال
 الشفعة بالابواب فأقرب الابواب الى الدار أحق بالشفعة ولنا نأخذ بهذا وإنما الشفعة عندنا

للجار الملاصق فاما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء كان أقرب بابا أو أبعد وانما
يعتبر قرب الباب في التقديم في الشفعة على ما روى أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال ان لي جارين فالي أيهما أبر قال صلى الله عليه وسلم الى أقربهما . منك بابا وهذا
لان اطلاعه واطلاع أولاده على ما يدخل منزله من النعمة أكثر فهو بالمسدية أحق وهذا
تأويل ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول في الهدايا ابدؤا بجارنا اليهودي فاما في
الشفعة فالمعتبر هو القرب واتصال أحد المالكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار
المحاذي فان بين المالكين طريقا نافذا وذكر عن علي وابن عباس رضي الله عنهما قال لا شفعة
إلا لشريك لم يقاسم وهذا قول أهل المدينة وليس يأخذ به أهل الكوفة الا أنه قد رجع اليه
ابن أبي ليلى فإنه كان في الابتداء يقضى بالشفعة للجار حتى كتب اليه أبو العباس المهدي
بأمره بان لا يقضى بالشفعة الا لشريك لم يقاسم فأخذ بذلك لانه كان عاملا له ونحن أخذنا
يقول عمر رضي الله عنه فقد أثبت الشفعة للجارحين قال لبي عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال
اليهود في حديث طويل وأخذنا بالآثار المشهورة عن رسول صلى الله عليه وسلم فان الحديث
متى صح عنه كان حجة على كل صحابي رضوان الله عليهم (والحاصل) أن الشفعة عندنا على
مراتب يقدم الشريك فيها في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده ثم الجار الملاصق
بعدهما وعن ابن أبي ليلى والشافعي لا تجب الشفعة الا للشريك في نفس المبيع لحديث أبي
هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وحديث أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
الشفعة فيما لم يقسم وادخال الالف واللام في الكلام للمعهود فان لم يكن فللجنس وليس هنا
معهود ينصرف اليه فكان للجنس فيقتضى أن جنس الشفعة فيما لم يقسم وفي رواية انما الشفعة
فيما لم يقسم وانما التقرير المذكور ونفيه عما عده قال الله تعالى انما الله إله واحد فهو تنصيب على
نفي الشفعة بعد القسمة والمعنى فيه أن هذا تملك المال بغير رضا الممتلك عليه فيختص به الشريك
دون الجار كالممتلك بالاستيلاء وملك أحد الجارين متميز عن ملك الآخر فلا يستحق
أحدهما ملك الآخر بالشفعة كالجار المقابل وهذا لان حق الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة
القسمة لانه لو لم يأخذ طالبه المشتري بالقسمة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة فالشرع مكنه من
الاخذ بالشفعة ليدفع به ضرر مؤنة القسمة فيما لا طريق له لدفع ذلك الا بان يخرج عن ملكه

بالاخذ بالاستيفاء والمالك فيه وهذا لا يوجد في حق الجار ولهذا لا يوجب الشفعة فيما لا
يحتمل القسمة لانه لا يدفع بالاخذ مؤنة القسمة عن نفسه ولهذا لا يوجب الشفعة في
المنقولات أيضا لانه متمكن من دفع مؤنة القسمة هناك ببيع نصيبه والبيع والشراء في المنقول
معتاد في كل وقت فاما المقار فيتخذ لاستيفاء المالك فيه ولبقى ميراثا بالعاقبة فهو محتاج الى الاخذ
بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة عن نفسه وحجتنا في ذلك ما روينا من الاخبار ولا يعارضها
ما رووا فيها بيان ان لاشريك شفعة ونحن نقول به وتخصيص الشيء بالذكر عندنا لا يدل
على أن الحكم فيما عداه بخلافه ثم المراد بالشفعة بسبب الشركة فيما لم يقسم والمراد ببيان أن مع
الشريك الذي لم يقاسم لا مزاحة لاحد في الشفعة الشفعة بل هو مقدم وبه نقول واللفظ المذكور
في حديث أبي هريرة رضي الله عنه فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق دليلنا أنه علق في الشفعة
بالامرين جميعا فذلك دليل على انه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا
أن تجب الشفعة وعندكم لا تجب ثم معنى هذا اللفظ فلا شفعة بتوقع الحدود وصرف الطرق
وكان الموضع موضع اشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشكك انه هل يستحق بها
الشفعة فيين ر - ولله صلى الله عليه وسلم أنه لا يستحق الشفعة بالقسمة والمعنى فيه أنه متصل
بالمالك اتصال تأييد وقرار فيثبت له حق الاخذ بالشفعة كالشريك * وتحقيق هذا الكلام أن
استحقاق الشفعة بالمجاورة دون الشركة فان الشركة تحقق في المنقولات ثم لا تجب الشفعة
الا في العقار فلا بد من معنى يظهر به الفرق بينهما وليس ذلك الا أن الشركة في العقار
تفضي الى المجاورة لانهما اذا اقتسما كانا جارين والشركة في المنقولات لا تفضي الى المجاورة
لانهما اذا اقتسما لا يبقى بينهما مجاورة في الملك فاذا كان باعتبار الشركة التي تفضي الى المجاورة
يستحق الشفعة فتحقيقه المجاورة أولى وهذا لان المقصود دفع ضرر التأذى بسوء المجاورة
على الدوام ولهذا لا يثبت لجار السكنى كاستأجر أو المستعير لان جواره ليس بمستدام
ولهذا لا يثبت في المنقول وضرر التأذى بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد المالكين بالآخر
على وجه لا يتأتى الفصل فيه والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس
لحسن خلقه وعن جوار البعض لسوء خلقه فلمكان انه يتأذى بالجار الحادث يثبت له حق
الاخذ بالشفعة لا لدفع ضرر مؤنة المقاسمة فان ذلك لا يحتاج اليه في المنقولات ولا شفعة
فيما اذا باع أحد الشركاء نصيبه وهنا بالاخذ ترداد مؤنة المقاسمة على الباقيين وانما يدفع عنهم

سوء مجاورة المشتري ولهذا لا تثبت للجار المقابل لان سوء المجاورة لا يتحقق اذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك على أنا نقول حق الاخذ بالشفعة له ليتفرق به من حيث توسع الملك والمرافق وهذا في الجار الملاصق يتحقق لا مكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الأخرى أولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل احدي الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما حتى اذا كانتا في سكة غير نافذة تثبت الشفعة للكل لا مكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة ولكن مع هذا الشريك مقدم عندنا لان سبب الاستحقاق القرب والانصال وذلك في حقه أقوى لوجود الانصال بكل جزء من المبيع بجزء من ملكه ثم بعده للشريك في الطريق لزيادة الاتصال في حقه على الجار وقوة السبب توجب الترجيح ولان الشريك يدفع بالاخذ ضرر سوء المجاورة ومؤنة المقاسمة عن نفسه وقد بيننا أن الحاجة الى دفع ضرر مؤنة المقاسمة لا يصلح علة للاستحقاق فتكون علة للترجيح لان الترجيح أبدا بما لا يكون علة الاستحقاق ألا تری أن الاخ لا ب وأم مع الاخ لا ب اذا اجتمعا يترجح الاخ لا ب وأم في المصوبة بسبب قرابة الام والمصوبة لا تستحق بقرابة الام ثم الترجيح يقع بها فهذا مثله وتفسير ما قلنا في منزل مشترك بين اثنين في دار هي في سكة غير نافذة اذا باع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل أحق بالشفعة فاذا سلم فالشركاء في الدار أحق بالشفعة من الشريك في السكة لانهم أميز قريبا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة أحق بالشفعة في الشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهذا الذي علي ظهر هذا المنزل وباب داره في سكة أخرى وقد روى عن أبي يوسف أن مع وجود الشريك لشفعة لاحد سواء سلم أو استوفى لانهم مجربون لحق الشريك وقد ثبت حقه سواء استوفى أو سلم ولكن في ظاهر الرواية الشريك مقدم وقد ثبت حق الجار مع الشريك لتقرر السبب في حقه الا أن حق الشريك كان مقدما فاذا سلم كان للجار أن يستوفى كحق غرماء الصحة مع غرماء المرض في التركة فانه اذا استحق أسقط حقه بالبراءة كانت التركة لغرماء المرض بديونهم لان سبب استحقاقهم ثابت ولهذا قلنا ينبغي للجار أن يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك تمكن من أخذه فان لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعا عن الطريق أو زقاق أو درب غير نافذ

فيه دور فيعت دار منها فاصحاب الدور شفعاء جميعا لانهم شركاء في الفناء والطريق فان سلم هؤلاء الشفعة فالجار الملاصق أحق منهم بالشفعة وقد قال بعض أصحابنا فناء الدار مملوك لصاحب الدار والاصح أنه حقه وليس بمملوك له لان ملكه في الدار والدار ما أدير عليه الحائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك يكون معد الايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق أصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم أو ملك مشترك بينهم وفي هذه الشركة الجار الملاصق والمقابل سواء ولهذا كانت الشفعة عندنا على عدد الرؤس دون مقادير الانصباء والدور. وقال الشافعي على مقدار النصب وبيانه في دار بين ثلاثة نفر لاحد نصفها ولا آخر ثلثها ولا آخر سدسها باع صاحب النصف نصيبه وطلب الآخران الشفعة قضى بالشفعة في المبيع بينهما نصفين عندنا وعند الشافعي رحمه الله أثلاثا بقدر ملكيهما وان باع صاحب السدس ملكه وطلب الآخران الشفعة قضى بينهما أخماسا عنده وان باع صاحب الثلث نصيبه قضى به بين الآخرين أرباعا عنده بقدر ملكيهما وعندنا يقضى به نصفين فكذلك على أصلنا اذا بيعت دار ولها جاران أحدهما جار من ثلاث جوانب والآخر من جانب آخر واحد وطلبا الشفعة فهي بينهما نصفين فالشافعي رحمه الله استدل بحديث عمر رضي الله عنه لما أجلى يهود من وادي القرى قال لبي عذرة أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود الحديث الى أن جعل الوادي بين بني عذرة وبين الامارة نصفين فقد اعتبر مقدار النصيب ولم يقسم بين المسلمين وبين بني عذرة وان هذا رفق من مرافق الملك فيكون على قدر الملك كالرجح أو ثمرة تستحق بالملك فيكون على قدر الملك كالأولاد والألبان والأثمار في الأشجار المشتركة يوضحه المنفعة أن التي تستحق بسبب الملك يعتبر بالغرم الذي يلحق المالك بسبب الملك وذلك بقدر الملك فاذا كان الحائط مشتركا بين اثنين أو ثلاثا وأشهد عليهما فيه فسقط وأصاب مالا أو نفسا كان الضمان عليهما أثلاثا بقدر الملك فهذا مثله وهذا على أصله مستقيم فان حق الشفعة عنده لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وحاجة صاحب الكثير الى ذلك أكثر من حاجة صاحب القليل لان مؤنة القسمة عنده على الشركاء بقدر الملك فكذلك ما شرع لدفع هذه المؤنة* وجه قولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق* وبيان ذلك أن سبب استحقاق الشفعة اما الجوار أو الشركة وقد استويا في أصل ذلك فان صاحب القليل شريك كصاحب الكثير وجار الاتصال ملكه بالمبيع كصاحب الكثير (ثم تحقيق

هذا الكلام أن علة الاستحقاق أصل الملك لا قدر الملك . ألا ترى أن صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل أن يأخذ الكل بالشفعة كما لو باع صاحب القليل نصيبه كان لصاحب الكثير أن يأخذ جميع المبيع فملك كل جزء علة تامة لاستحقاق المبيع بالشفعة فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علة وفي حق صاحب القليل علة واحدة والمساواة لا تتحقق بين العلة الواحدة والعلل ألا ترى أن أحد المدعين لو أقام شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما . وكذلك لو أن رجلاً جرح رجلاً جراحة واحدة وجرحه آخر جراحات فمات من ذلك استويا في حكم ذلك القتل وهذا لأن الترجيح بقوة العلة لا بكثرة العلة وعند ظهور العلة الترجيح المرجوع مدفوع بالراجع وهنا لا يبطل حق صاحب القليل أصلاً ففرقنا أنه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة وكثرة العلة لا توجب الترجيح لأن ما يصلح بانفراده علة لا يصلح مرجحاً وملك كل جزء بانفراده علة فمن هذا الطريق تتحقق المساواة بينهما بخلاف الغرماء في التركة فإن حق كل واحد منهم في دينه في ذمة المديون ألا ترى أن عند الانفراد لا يستحق من التركة إلا قدر دينه فإذا ظهر التفاوت بينهما في مقدار الدين وعليه يترتب استحقاق التركة قلنا كل واحد منهم يستحق بقدر دينه وكذلك الربح فإنه إنما يحصل بقدر المال ألا ترى أن عند الانفراد يحصل الربح لكل واحد منهما بقدر ماله وكذلك الولد واللبن والثمار فإنها متولدة من العين فأنما تتولد بقدر الملك والشافعي رحمه الله غلط في اعتبار حكم العلة بالمتولد من العلة وقسمة الحكم على أجزاء العلة فاما الحائط المائل إذا مات من وقع عليه الحائط فإن جرحه الحائط فالضمان عليهما نصفين لاستوائهما في العلة وإن مات بنقل الحائط فالضمان عليهما أثلاثاً لأن التساوي بينهما في العلة لم يوجد فإن نقل نصيب صاحب القليل لا يكون كنقل نصيب صاحب الكثير ولا يدخل على شيء مما ذكرنا الفارس مع الراجل في النسيمة لأن تفصيل الفارس بفارسه حكم عرف شرعاً بخلاف القياس مع أن الفرس بانفراده لا يكون علة للاستحقاق فيصلح مرجحاً في استحقاق بعض النسيمة وهنا ملك كل جزء علة كاملة لاستحقاق الجميع فلا تصلح مرجحة ولا شفعة إلا في الأراضين والدور لأنها عرفت شرعاً وقد نص الشرع على الشفعة في العقار خاصة لقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة في كل عقار أوربع والصغير كالكبير في استحقاق الشفعة إلا على قول ابن أبي ليلى فإنه كان يقول لا شفعة للصغير لأن وجوبها لدفع التأذي بسوء المجاورة

وذلك من الكبير دون الصغير ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المغير والمستأجر
ولكننا نقول سبب الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة أو الجوار من حيث
اتصال حق ملكه بالمبيع على وجه التأيد فيكون مساويا للكبير في الاستحقاق به أيضا ثم هو
محتاج الى الأخذ لدفع الضرر في الآتي عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال وبمثل
هذه الحاجة جاز للمولى تزويج الصغير والصغيرة فكذلك يثبت له حق الشفعة ثم يقوم
بالطلب من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو أبوه ثم وصى أبيه ثم جده أبو أبيه ثم
وصى الجد ثم وصى نصبه القاضي فان لم يكن له أحد من هؤلاء فهو على شفخته اذا أدرك
لان الحق قد ثبت له ولا يتمكن من استيفائه قبل الادراك لان الاستيفاء يبنى على طلب
ملزم ولا يكون طلبه ملزما قبل الادراك فتركه الطلب قبل الادراك لعدم تمكنه من ذلك
لا يكون مستطاعا حقه كالبائع اذا ترك الطلب لانه لم يعلم به والغائب على شفخته اذا علم لهذا
المعنى فانه لا يتمكن من الطلب ما لم يعلم به وترك الطلب انما يكون دليلا على الرضا أو التسليم
بعد التمكن منه لاقبله والذكر والانثى والحر والمملوك والمسلم والكافر في حق الشفعة سواء
لانه من المعاملات وانما يبنى الاستحقاق على سبب متصور في حق هؤلاء وثبت الحكم
بثبوت سببه * واذا اشترى الرجل دارا وقبضها ونقد الثمن واختلف الشفيع والمشتري في
الثمن فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يملك الدار على المشتري كما ان المشتري
يملكها على البائع. ولو كان الاختلاف بين البائع والمشتري في الثمن كان القول قول البائع كما
قال صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان فالقول ما يقوله البائع فكذلك المشتري مع الشفيع
ولان الشفيع يدعى على المشتري وجوب تسليم الدار اليه عند احضار الالف والمشتري منكر
لذلك فالقول قوله مع يمينه وأيهما أقام البينة قبلت بينته لانه يؤيد دعواه بالحجة وليس في
معارضة حجته سوى مجرد الدعوى من الآخر والدعوى لا تعارض الحجة ثم الشفيع ان
أقام البينة فقد أثبت ما ادعى من وجوب تسليم الدار اليه عند أداء الالف والمشتري ان أقام
البينة فقد أثبت زيادة في الثمن بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة الشفيع في قول أبي
حنيفة ومحمد ورحمهما الله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانه يثبت زيادة في الثمن بينته
والشفيع ينفي تلك الزيادة والمثبت للزيادة من البينتين أولى بالعمل بها كما لو اختلف البائع
والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول لما فيها من اثبات الزيادة

وكذلك لو اختلف البائع والمشتري والشفيع فقال البائع ثلاثة آلاف وقال المشتري ألفان وقال الشفيع ألف وأقاموا البينة كانت بينة البائع أولى بالقبول وكذلك الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في مقدار الثمن وأقاما البينة كانت البينة بينة الوكيل لانها ثبتت الزيادة وأظهر من هذا كله المشتري من العدو مع المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور وأقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العدو لما فيها من اثبات الزيادة ولا في حنيضة طريقتان احدهما حكاهما محمد عنه والاخرى حكاهما أبو يوسف فالتى حكاهما محمد أن المشتري صدر منه اقرار أن احدهما له والاخر عليه فكان للشفيع أن يأخذ بما عليه كما لو أقر عند القاضي بالامرين جميعا. ويان ذلك أن الشفيع أثبت بيئته اقرار المشتري بالشراء بالف وهذا عليه والمشتري أثبت بيئته اقراره بالشراء بالعين وهذا له وبه فارق البائع مع المشتري لان هناك كل واحد منهما صدر منه اقرار أن احدهما ما أثبتته بيئته وهو له والاخر ما أثبتته صاحبه وهو عليه فاستويا من هذا الوجه فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة والاولى أن تقرر هذا الكلام من وجه آخر فنقول لانتافي بين البينتين في حق الشفيع ألا ترى أنه لو اشترى مرتين مرة بألف ومرة بالعين كان للشفيع أن يأخذ بايهما شاء فمررنا أنه لانتافي بينهما في حقه والاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما أولى فاما مع امكان العمل بالبينتين فلا معنى للمصير الى الترجيح فيجمل في حق الشفيع كان الشراءين جميعا ثابتان فله أن يأخذ بايهما شاء وهو نظير المولى مع العبد اذا اختلفا فقال المولى قلت لك اذا أدبت الى العين فأنت حر وقال العبد قلت لي اذا أدبت الى الف فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بيئته العبد بهذا الطريق وهو أنه لا منافاة بينهما في حقه فيجمل كان الكلامين صدرا من المولى ويعتق العبد باداء أى المالكين شاء بخلاف البائع مع المشتري اذا اختلفا لان هناك العمل بالبينتين غير ممكن فالعقد الثانى في حقهما ناسخ للاول فلهذا صرنا الى الترجيح بالزيادة وكذلك ان اختلفوا جميعا لانه مادام الاختلاف قائما بين البائع والمشتري فلا معتبر باختلاف الشفيع وأما الوكيل مع الموكل اذا اختلفا فقد روي ابن سماعة عن محمد أن البينة بيئته الموكل لان الوكيل صدر منه اقرار ان كما ينسأ في ظاهر الرواية فالوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري ولهذا يجري التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن وقد بينا المذر فيما اذا كان الاختلاف بين البائع والمشتري فاما المولى القديم مع المشتري من العدو اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير

على أن البيعة بينة المولى القديم ولم يذكر فيه قول أبي يوسف لما بينهما من الوحشة حين
نص السير ولئن سلمنا فهناك العمل بالبيتين غير ممكن في حق المولى القديم لان الشراء
الثاني ناسخ للأول فصرنا الى الترجيح بالزيادة لهذا والطريقة التي حكاه أبو يوسف ان
بيعة الشفيع ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة والبيتان للالزام فاللزم من البيتين يرجح
كما في بيعة العبد مع بيعة المولى في مسألة التعليق * ويان هذا انه اذا قبلت بيعة الشفيع وجب
على المشتري تسليم الدار اليه بالف شاء أو أبي واذا قبلت بيعة المشتري لا يجب على الشفيع شيء
ولكنه يتخير بين أن يأخذ أو يترك وبه فارق بيعة البائع والمشتري لان كل واحدة من البيتين
هناك ملزمة وكذلك بيعة الوكيل مع الموكل كل واحدة منهما ملزمة فلها صرنا الى الترجيح
بالزيادة وفي مسألة المشتري مع العبد من العدو ويقول على هذه الطريقة البيعة بينة المولى
القديم لانها ملزمة وبيعة المشتري غير ملزمة واذا أخذ الشفيع الدار من المشتري فعهده
و ضمان ماله على المشتري لانه يملك الدار عليه ويدفع الثمن اليه فهو في حقه بمنزلة البائع مع
المشتري * فان قيل حق الشفيع مقدم على حق المشتري شرعا فيذنبى أن يجعل أخذ الشفيع
من يده بمنزلة الاستحقاق عليه لانه يأخذ بحق مقدم على حقه قلنا نعم حقه مقدم ولكن
ثبوت حقه بالسبب الذي يثبت به حق المشتري وهو الشراء اذ بأخذه لا يبطل ذلك السبب
بخلاف الاستحقاق بدعوى الملك فاذا بقي السبب وتأكد قبض المشتري لم يمكن أن يجعل
الشفيع متملكا على البائع لانه لا ملك له ولا يد حتى قضى له بالشفعة فلا بد أن يحمل متملكا
على المشتري مستحقا عليه يده فلماذا كانت عهده على المشتري كما لو اشتراها ابتداء منه وان
أخذها من البائع ودفع الثمن اليه فعهده و ضمان ماله على البائع عندنا. وقال ابن أبي ليلى عهده
على البائع في الوجين جميعا لان الشفيع لما تقدم على المشتري قام مقامه ثم عهده المشتري على
البائع فكذلك عهده الشفيع وللشافعي قولان في أحد القولين ليس للشفيع أن يأخذ من
البائع ولكن البائع يسلمه الى المشتري وعهده عليه لانه يملك على المشتري بموض والمبيع
قبل القبض عنده لا يحتمل التملك على المشتري بموض عقارا كان أو منقولاً وعلى القول
الآخر يأخذ من يد البائع وعهده على المشتري واليه يدفع الثمن وهو رواية عن أبي يوسف
لان حق الشفعة يثبت بالشراء فكان من حقوق الشراء وما يكون من حقوق الشيء لا
يكون ناسخا له وكيف يكون أخذ الشفيع ناسخا للبيع وهو مبطل حقه كما لو ظهر

بطلان البيع من الاصل واذا نفي الشراء كان الشفيع متملكا على المشتري فعهده عليه كما لو أخذ من يده وعن أبي يوسف قال ان كان المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى المشتري وعهده عليه لان البائع لا يتمكن من استيفاء الثمن مرتين وان لم يكن المشتري نقد البائع الثمن فالشفيع يدفع الثمن الى البائع ويسقط حق البائع من الثمن قبل المشتري وعهده الشفيع على البائع فلما وجه ظاهر الرواية فهو أن حق الشفيع ثبت بالبيع قبل ملك المشتري ويده ألا ترى انه لو قال كنت بعت هذه الدار من فلان وقال فلان ما اشتريت كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لثبوت البيع باقرار البائع وان لم يثبت ملك المشتري لانكاره فاذا ثبت تمكنه من الاخذ قبل ملك المشتري فقبل قبضه أولى واذا أخذ بالشفعة فات بأخذه الشفعة القبض المستحق بالعقد في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو هلك المبيع قبل القبض وهذا لان يد الشفيع لا يمكن جعلها نائبة عن يد المشتري لتقدم حقه على حق المشتري بخلاف ما اذا باعها المشتري من غيره لان يد الثاني هناك يمكن جعلها نائبة عن يد الاول فلا يفوت قبض المشتري الاول معنى ثم ان حضر الشفيع والدار في يد المشتري فهو الخصم للشفيع يأخذه من يده ولا يشترط حضرة البائع لان حكم العقد في حق البائع قد انتهى بالتسليم الى المشتري وصار هو كأجنبي آخر فالشفيع بعد ذلك يستحق على المشتري ملكه ويده وكان هو الخصم وان كانت الدار في يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشتري جميعا لخصوصية الشفيع في الاخذ لان الملك للمشتري واليد للبائع والشفيع يريد استحقاقهما جميعا فيشترط حضورهما لذلك ولانه لا بد من حضور البائع لان الدار في يده والشفيع لا يأخذ بالشفعة من غير من في يده واحدة من يد البائع موجب انفساخ العقد بين البائع والمشتري وذلك لا يتم الا بحضور من المشتري فيشترط حضورهما لذلك واذا أخذ الشفيع من المشتري الدار بالشفعة وأراد أن يكتب عليه كتب عليه نحو ما ذكره في الكتاب والمقصود من الكتاب التوثيق والاحتياط فالسبيل أن يكتب على أحوط الوجوه ولهذا قال يكتب على اقراره كتابا أنه كان اشتراها وان هذا كان شفيهما فطلب أخذها بالشفعة فسلمها اليه لشفعته فيها وقبض منه الثمن ودفع اليه الدار وضمن له الدرك وأشهد عليه الشهود ويأخذ أيضا من المشتري كتاب الشراء الذي عنده فذلك أحوط له فان أبي أن يعطيه فله ذلك لان القابض ملكه ثم الاحتياط للشفيع أن يشهد على شهادة الشهود فيه حتى اذا جحد البائع البيع يتمكن هو من ابات حقه

بالحجة وان أخذ الدار من البائع كتب أيضا عليه نحو ذلك وزاد فيه وقد سلم فلان بن فلان
المشتري جميع ما في هذا الكتاب وأجازته وأقر أنه لاحق له في هذه الدار ولا في غيرها وان شاء
كتب الكتاب عليهما بتسليم الدار بالشفعة اليه وقبض البائع الثمن برضاها وضمان البائع الدرك
لأنه في الأجل من يد البائع يحتاج الى حضرتها وكل واحد منهما يصير مقضيا عليه من وجهه
فاما ان يكتب الكتاب عليهما أو على البائع ويذكر فيه تسليم المشتري أيضا ليكون ذلك أحوط
للشفيع * واذا اشترى دارا بالف درهم الى سنة وطلبها الشفيع الى ذلك الأجل لم يكن له ذلك
عندنا . وقال زفر والشافعي له ذلك لان الأجل صفة الدين يقال دين مؤجل ودين حال
وللشفيع حق الأخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته كما لو اشتراه بالف زبوف ولكننا
نقول الأجل مدة يلحقه بالشرط بالعقد شرطا فلا يثبت في حق الشفيع كالحيار وهذا لان تأخير
الأجل في تأخير المطالبة وبه تين أنه ليس بصفة للمال لان الثمن للبائع والأجل حق للمشتري
على البائع فكيف يكون صفة للثمن ثم الناس يتفاوتون في ملاة الذمة فبرضا البائع يكون ماله
في ذمة المشتري لا يكون رضا منه بكونه في ذمة الشفيع ولان الشفيع يملك بمثل ما يملك
به المشتري من المال فلا يثبت الأجل في حقه من غير ذكر كالمولى فان من اشترى شيئا
بثمن مؤجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل في حق المولى بدون الذكر اذا ثبت هذا فنقول
الشفيع بالحيار ان شاء أخذها بالثمن حالا وان شاء انتظر حلول الأجل فاذا حل أخذها بالثمن
حالا واذا اختار الانتظار فعليه أن يطلب الشفعة في الحال حتى اذا لم يطلب لم يكن له أنف
يأخذها بعد حلول الأجل في قول أبي حنيفة ومحمد وذكر ابن مالك ان أبا يوسف كان
يقول هكذا أولا ثم رجع فقال له أن يأخذها . وجه ظاهر الرواية ان حقه في الشفعة قد ثبت
بدليل انه لو أخذ بثلث حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل شفيعته
* ووجه قول أبي يوسف الآخر أن الطلب غير مقصود لعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن
من الاخذ على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بثلث مؤجل في
الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال وسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا لاعراضه
عن الاخذ وان اختار أخذها من يد المشتري ودفع اليه الثمن في الحال كان الثمن للبائع على
المشتري الى أجله لتقرر المقدم بينهما واذا كان للدار شفيعان فسلم أحدهما لم يكن للآخر الا أن
يأخذها كلها أو يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكانه لم يكن الشفيع في حقه الا واحدا

وليس للشفيع أن يأخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار
 بالمشتري في تمييز الملك عليه والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ
 على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع
 لتكامل العلة في حق كل واحد منهما الا انها اذا طلبا قضي القاضى لكل واحد منهما
 بالنصف للمزاخمة ونفى الضيق في المحل فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقي حق الآخر في
 الكل كما لو قتل رجلين عمدا فمعا عنه ولى أحدهما كان للآخر أن يقتص منه لهذا المعنى. واذا
 كان البائع اثنين في صفقة واحدة والمشتري واحدا لم يكن للشفيع أن يأخذ بعضها دون
 بعض وان كان البائع واحدا والمشتري اثنين فله أن يأخذ حصة أحدهما دون الآخر لانه
 يأخذ ملك المشتري بالشفعة فان كان المشتري واحدا لو تمكن من أخذ البعض تضرر به
 المشتري من حيث انه يتبعض عليه الملك واذا كان المشتري اثنين فانما ملك كل واحد منهما
 النصف وليس في أخذ الشفيع نصيب احدهما اضرارا بالآخره بوضعه ان أخذه لدفع ضرر
 الجار الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشتري لا يندفع ضرر مجاورته فعرفنا انه لم يقصد الا
 الاضرار به. وان كان المشتري اثنين فقد يكون احدهما ممن ينتفع بجواره والآخر ممن
 يتضرر بجواره فهو يقصد دفع ضرر جار السوء بأخذ نصيب أحدهما وروى الحسن عن أبي
 حنيفة قال اذا كان البائع اثنين فأراد الشفيع الاخذ قبل قبض المشتري فله ان يأخذ نصيب
 أحد البائعين لانه بالاخذ يملك على البائع ولهذا كانت عهده على البائع والملك في حق البائعين
 متفرق وبعد القبض انما يملك على المشتري والملك في حقه مجتمع وان كان البائع واحدا
 والمشتري اثنين فقبل القبض ليس له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين لاجتماع الملك في حق البائع
 وبعد القبض له ذلك ولكن هذا قوله الاول فاما قوله الآخر كما ذكر في الكتاب فان المعبر
 جانب المشتري قبل القبض وبعد القبض ويستوى ان كان اشتراه لنفسه أو لغيره فسرره
 هشام عن محمد ان الواحد اذا اشترى دار الرجلين فليس للشفيع أن يأخذ نصيب أحد الامرين
 ولو اشترى رجلان لواحد كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة النصف لان المشتري اثنان والعاقلة لغيره
 في باب الشراء بمنزلة العاقلة لنفسه في أحكام العقد وان كان البائع اثنين والمشتري واحدا
 فطلب نصيب أحد البائعين لم تبطل بذلك شفيعته وله أن يأخذها كله مقسومة كانت أو
 غير مقسومة لانه ما أعرض عن الطلب ولكنه أظهر الطلب والرغبة ثم اشتغل بتقسيم لم

يجعل الشرع له ذلك فيبطل تقسيمه ويبقى حقه في جميع الدار يأخذه ان شاء ولو أخبر الشفيع
أن المشتري فلان فقال قد سلمت له فاذا المشتري غيره فهو على شفيعته لما بينا أن الناس
يتفاوتون في المجاورة فرضا بمجاورة انسان لا يكون رضا منه بمجاورة غيره وهذا التقيد منه
مفيد كانه قال ان كان المشتري فلانا فقد سلمت الشفعة فاذا تبين أن المشتري غيره فهو على
حقه وان تبين انه اشتراه فلان وآخر معه صح تسليمه في نصيب فلان وهو على شفيعته في
نصيب الآخر لانه رضى بمجاورة أحدهما فلا يكون ذلك منه رضا بمجاورة الآخر والبعض
معتبر بالكل ولو أخبر أن الثمن بالف درهم فسلم الشفعة فان كان أكثر من الف فتسليمه
صحيح وان كان أقل فله الشفعة عندنا وقال ابن أبي ليلى لاشفعة له في الوجين لانه أسقط
حقه بعد ما وجبت له الشفعة ورضي بمجاورة هذا المشتري فلا يكون له أن يأتي ذلك بعد
الرضا به ولكننا نقول انما أسقط حقه بشرط أن يكون الثمن الف درهم لانه بنى تسليمه
على ما أخبر به والخطاب السابق كالمعاد فيما بنى عليه من الجواب فكانه قال سلمت ان كان
الثمن ألفا وانما أقدم على هذا التسليم لغلاء الثمن أو لانه لم يكن متمكنا من تحصيل الالف
ولا يزول هذا المعنى اذا كان الثمن أكثر من ألف بل يزداد فاما اذا كان الثمن أقل من
الالف فقد انعدم المعنى الذي كان لاجله رضى بالتسليم فيكون على حقه وهذا لان الاخذ
بالشفعة شراء وقد يرغب المرء في شراء شيء عند قلة الثمن ولا يرغب فيه عند كثرة الثمن
ولو سلم الشفعة قبل الشراء كان ذلك باطلا لان وجوب حقه بالشراء والاسقاط قبل وجود
سبب الوجود يكون لغوا كالإبراء عن الثمن قبل البيع ولو أخبر أن الثمن شيء مما يكال
أو يوزن فسلم الشفعة فاذا الثمن من صنف آخر أقل مما يسمى له أو أكثر فهو على شفيعته
لان الانسان قد يتيسر عليه جنس دون جنس وكان هذا التقيد مفيدا في حقه فكانه قال
سلمت ان كان الثمن كرا من شعيرا فاذا ظهر أن الثمن كرا من حنطة فهو على حقه لو أخبر
أن الثمن عبد أو ثوب أو دابة ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو شفيعته لان ما له
مثل من جنسه الشفيع يأخذ بمثل ما اشتراه المشتري وفيما لا مثل له يأخذ بقيمته دراهم
وقد يتيسر عليه تحصيل جنس من المكيل والموزون ويتعذر عليه تحصيل الدراهم فكان هذا
التقيد مفيدا في حقه ولو أخبر أن الثمن الف درهم فسلم ثم تبين له أن الثمن مائة دينار قيمتها
الف درهم أو أقل أو أكثر فعندنا هو على شفيعته ان كان قيمتها أقل من الالف والا فتسليمه

صحيح وعلى قول زفر هو على شفخته على كل حال لان الدراهم والدنانير جنسان ولهذا حل
التفاضل بينهما فكانه قال سلمت ان كان الثمن الف درهم فاذا تبين أن الثمن دنانير فهو على
شفخته كما في المكيلات والموزونات ولكننا نقول الدراهم والدنانير جنسان صورة ولكنهما
جنس واحد في المعنى والمقصود هو المالية والتمنية ومبادلة أحد النقدين بالآخر يتيسر في
العادة فلا يتقيد رضاه بالصورة وانما يتقيد بالمعنى وهو مقدار المالية فيكون تسليمه صحيحا
اذا كانت مالية الثمن أقل مما أخبر به وهذا لان من لا يرغب في شراء الشيء بالف درهم
لا يرغب في شراؤه أيضا بمائة دينار قيمتها ألف درهم ومالا يكون مقيدا من التقيد لا يعتبر
ولو قيل له اشتراها بعبد أو ثياب قيمة ألف درهم فسلم فإذا الثمن دراهم أو دنانير فهو على
شفخته لان هذا التقيد مفيد في حقه لانه وان كان يأخذها بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك
لان تقويم الشيء بالظن يكون قائما أقدم على التسليم لهذا وينعدم هذا المعنى اذا كان الثمن
دراهم ولو قيل له انه اشتراها بعبد قيمته ألف درهم فسلم الشفعة فاذا قيمة العبد أكثر من
ذلك فلا شفعة له وان كانت قيمته أقل من ألف درهم فله الشفعة لان الثمن اذا كان مما
لامثل له من جنسه فانما يأخذ الشفيع بقيمته فكان هذا في حقه بمنزلة البيع بتلك القيمة
فاذا كان لثمن أقل مما أخبر به لم يكن هو راضيا بسقوط حقه واذا كانت الدار بين ثلاثة
رجال الا ووضع بئر أو طريق فيها فباع الشريك في الجميع نصيبه من جميع الدار فالشريك
الذى له في جميع الدار نصيب أحق من الآخر الذى له في بعض الدار نصيب لان شريكه
أعم وقد بينا أن من يكون أقوى سببا فهو مقدم في الاستحقاق ولان الموضع الذي هو
مشترك بين البائع وبينه لاحق للثالث فيه وهو موضع البئر أو الطريق لا بد أن يكون هو
أحق في ذلك الموضع بالأخذ بالشفعة وذلك في حكم شيء واحد فاذا صار أحدهم أحق
بالتبويض كان أحق بالجميع وان اختلفا البائع والمشتري والشفيع في الثمن قبل نقد الثمن والدار
مقبوضة أو غير مقبوضة فالقول قول البائع في الثمن ويثبت حكم التحالف بين البائع والمشتري
بالنص وللشفيع أن يأخذ بما قال البائع ان شاء لان الشرع لما جعل القول قول البائع ظهر
مقدار الثمن في حقه بخبره وانما لم يظهر في الزام المشتري وليس في جانب الشفيع الزام بل
هو غير يأخذ بما قال البائع ان شاء وان كانت الدار في يد المشتري فقال البائع بعثا بالف
درهم واستوفيت الثمن وقال المشتري اشتريتها بالفين فلا شفيع أن يأخذ بالف درهم ولو قال

البائع بعثها اياه واستوفيت الثمن وهو ألف درهم وقال المشتري اشتريتها بالدين وتقدمته الثمن لم يأخذها الشفيع الا بالدين لان حكم البيع في حق البائع ينتهي بوصول الثمن اليه فاذا بدا فاقر بجميع قبض الثمن قبل أن يبين مقداره فقد انتهى حكم العقد في حقه وصار هو كاجنبي آخر فلا قول له بعد ذلك في بيان مقدار الثمن وبقي الاختلاف بين الشفيع والمشتري فيكون القول قول المشتري فاما اذا بدا ببيان مقدار الثمن قبل أن يقر بقبضه فقد ظهر ان الثمن ذلك القدر بخبره لان الشرع جعل القول قوله ما لم يصل اليه الثمن وثبت للشفيع حتى لاخذ بذلك الثمن فلا يبطل ذلك عليه باقرار البائع بقبض الثمن بعد ذلك وهو نظير ما لو قال الوصي استوفيت جميع ما للميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على ألف درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصي ضامن للدين ولا شيء له على الغريم ولو قال استوفيت من الغريم ألف درهم وهو جميع مال الميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك السكل فالوصي أذ يرجع عليه بألف أخرى والفرق ما بينا وفرع أبو يوسف رحمه الله في الامالى على هذا فقال لو كانت الدار في يد البائع فقال بعثها اياه بالف درهم واستوفيت الثمن وأخذها الشفيع من يده بالف فالمشتري على حجه فيما بينه وبين البائع يرجع عليه بالدين ان أثبت ان الثمن ألفا درهم وهو صحيح لان البيع انفسخ فيما بين البائع والمشتري فيرجع بما أوفاه من الثمن ولو قال البائع بعثها بالدين ولم انقد الا ألف درهم ولم يأخذها المشتري ولا الشفيع الا بالدين لان القول في اثبات مقدار الثمن قول البائع ما لم يصل اليه كمال الثمن واذا كان البيع بالف درهم فحط البائع عن المشتري تسعمائة فلا شفيع أن يأخذها بمائة درهم عندنا وعند الشافعي لا يأخذها الا بالالف وأصل المسئلة في كتاب البيوع ان الزيادة والخط في بعض الثمن يثبت على سبيل الالتحاق باصل العقد عندنا وعند الشافعي هو بمنزلة الهبة المستدأة فاذا كان عندنا الخط يلتحق باصل العقد فالمحطوط خرج من أن يكون ثمننا وانما ثمن الدار ما بقي فإأخذ الشفيع بذلك ولو كان الشفيع أخذها بألف ثم حط البائع عن المشتري تسعمائة فانه ينحط ذلك القدر عن الشفيع أيضا حتى يرجع بذلك القدر على المشتري لانه ظهر منه انه أخذ منه فوق حقه وعلى هذا قالوا لو أخبر أن الثمن ألف درهم فسلم الشفعة ثم حط البائع عن المشتري مائة فهو على شفعته لان المحطوط خرج من أن يكون ثمننا فهو بمنزلة ما لو تبين ان الثمن كان أقل من ألف ولو وهب البائع الثمن كله للمشتري قبل

قبضه أو بعده لم يحط المشتري عن الشفيع شيئا لان هبة جميع الثمن لا تتحقق بأصل العقد فإن التحاق الحط بأصل العقد ليدفع العين ويعتبر صفة العقد فيه ليصير عدلا بعد ان كان رابحا أو خاسرا وهذا لا يتحقق في هبة جميع الثمن لان الانسان لا يصير مغبونا بجميع الثمن فعرفنا أنه مبتدأ يوضحه ان حط جميع الثمن لو التحق بأصل العقد فاما أن يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة أو يصير بيعا بغير ثمن فيكون فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد فعرفنا أنه لا يمكن الحاق الجميع بأصل العقد في حق الشفيع بخلاف حط البعض فإن زاد البائع المشتري في الثمن زيادة بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول لانه قد استحق أخذها بالثمن الاول قبل الزيادة والمشتري لا يملك ابطال الحق الثابت له فلا يملك غيره أيضا يوضحه أن بهذه الزيادة يلزم نفسه شيئا للبائع ويلزم الشفيع مثل ذلك وله الولاية على نفسه دون الشفيع فيعمل التزامه في حقه ولا يعمل في حق الشفيع ألا ترى أنه لو وجد بيعا مع البائع باكثر من الثمن الاول صح ذلك في حقه وكان للشفيع أن يأخذ بالثمن الاول فقد فرق بين الزيادة والحط في حق الشفيع وسوي بينهما في بيع المراجعة غير مستحق على المشتري فليس في التزامه الزيادة في حكم بيع المراجعة ابطال حق مستحق عليه بخلاف الشفعة ولو باعها المشتري من آخر ثمن أكثر من الثمن الاول كان للشفيع الخيار لان كل واحد من العدين سبب تام لثبوت حق الاخذ له بالشفعة فإن اختار الاخذ بالشراء الثاني يأخذها من يد المشتري الثاني ولا يشترط حضرة المشتري الاول وان اختار الاخذ بالثمن الاول بحكم الشراء الاول كان ذلك له لان المشتري الاول لا يتمكن من ابطال حق الشفيع بتصرفه واذا أخذها بالشراء الاول دفع الثمن الى المشتري الاول وعهده عليه ويرجع المشتري الثاني على المشتري الاول وانما أوفاه من الثمن لان البيع الثاني قد انفسخ فإن الشفيع أخذها بحق مقدم على البيع الثاني ولم يشترط حضرة المشتري الاول اذا أراد أخذها بالثمن الاول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يشترط وكذلك لو كان المشتري وهما من انسان ثم حضر الشفيع فلا خصوصية بينه وبين الموهوب له في قول أبي حنيفة ومحمد حتى يحضر المشتري وعند أبي يوسف هو حضم لانه يدعى حقه في العين الذي يزعم ذو اليد أنه ملكه فيكون هو خصما له في ذلك كما اذا ادعى ملك العين لنفسه وهما يقولان الشفيع لا يدعى حقا على الموهوب له ولا في ملكه وانما يدعى حقه على المشتري الاول

في ملكه فإلم يعد ملكه لا يتبين محل حقه وإنما يعود ملكه إذا انفسخ العقد الثاني وفسخ العقد عليه لا يجوز إلا بحضرته وتام بيان هذه المسئلة في المأذون وكذلك لو تصرف المشتري في الدار تصرفاً آخر بأن رهنها أو تزوج عليها فلا شفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الأولى وليس لأحد من هؤلاء على الشفيع شيء من الثمن إنما الثمن للمشتري الأول ولا يأخذ الشفيع الدار حتى يتقد الثمن كما لا يأخذ المشتري الدار من البائع حتى ينقده منها ثم قد يبطل الرهن والهبة بالاستحقاق وترجع المرأة على الزوج بقيمة الدار لأن المسمى من الصداق قد استحق فإذا اشترى الرجل شقة من دار فقاسم شريكه بحكم أو بغير حكم ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ ما أصاب المشتري بالقسمة أو يتركه وليس له فسخ القسمة لأن القسمة من تمة انقبض فالمقصود من القبض الحياز وتام الحيازة تكون بالقسمة وليس للشفيع أن ينقض قبل المشتري فكذلك لا يكون له أن ينقض قسمته ولا يخلو نقض القسمة احتياج إلى إعادتها في الحال لأن البائع مطالب بالقسمة ولا يشتغل بنقض شيء يحتاج إلى إعادته في الحال وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه قال هذا إذا قسم بأمر القاضي فإن كانت القسمة بينهما بالتراضي فلا شفيع أن ينقض تلك القسمة لأن في القسمة بالتراضي معنى المبادلة فهي كتصرف آخر من المشتري فلا شفيع أن ينقضه وقد يفيد هذا النقض فرعاً يقع نصيبه في القسمة الثانية فيما يجاوز ملكه فإما إذا كان القاضي هو الذي قسم فليس في هذه القسمة معنى المبادلة ولكنه تعين المبيع بقضاء القاضي وهو ما سلمه إلى المشتري في أخذ الشفيع ذلك من يده إن شاء وإن شاء ترك وإذا قضى القاضي للشفيع بالشفعة بمن مسمى فهي لازمة لا يتخلص منها إلا برضا المشتري أو يحدث في الدار عيب لأن بقضاء القاضي ثبت الملك للشفيع بالثمن المسمى ويؤكد فيكون حاله مع المشتري بمنزلة حال المشتري مع البائع وبعد البيع ليس للمشتري أن يتخلص منها إلا بالاقالة برضا البائع أو بميب يجده في الدار فكذلك حال الشفيع فإن كانت في يد البائع فقضى القاضي بها عليه ثم سأل البائع أن يقيه فاقاله جازت الاقالة وهي للبائع وقد برى منها الشفيع والمشتري أما المشتري فلان البيع انفسخ بينه وبين البائع حين قضى القاضي بها للشفيع على البائع وأما الشفيع فلأنه قام مقام المشتري بعد ما قضى القاضي له بها بذلك البيع واقالة المشتري مع البائع كانت تصح قبل أخذ الشفيع فكذلك اقالة الشفيع مع البائع توضيحه أن الشفيع لما تقدم على المشتري في ثبوت الملك له بالعقد الذي باشره المشتري

صار المشتري في معنى الوكيل له واقالة الموكل مع البائع صحيحة فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وكذلك لو كانت في يدى المشتري ففضى بها عليه ثم ردها الشفيع على البائع فهو جائز والشفيع والمشتري بريان منه في قول أبى حنيفة اما على الطريق الثانى قد بينا ان الشفيع كالموكل واقالة الموكل مع البائع صحيحة في حق براءة المشتري فكذلك اقالة الشفيع مع البائع وان كان أخذها من يد المشتري واما على الطريق الاول ففيه بعض الاشكال لان أخذ الشفيع من يد المشتري بمنزلة عقد مبتدأ فيما بينهم ولهذا كانت تهدته على المشتري فينبغى أن لا يجوز اقالة الشفيع مع البائع في حق براءة المشتري حتى قال بعض شايخنا هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول أبى حنيفة رضي الله عنه هذه الاقالة بينهما في حكم البيع المبتدأ فيجوز في قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر وفي قول محمد وأبى يوسف الاول لا يجوز بناء على اختلافهم في بيع العقار قبل القبض وتلك المسئلة استشهد في الكتاب وقد بيناها في كتاب البيوع ومنهم من يقول بل اقالة الشفيع مع البائع صحيحة في حق الكل لان عند اتفاقهم على هذه الاقالة يتبع حق المشتري ويصير كان الشفيع أخذها من يد البائع ولان حق الشفيع يثبت سابقا على ملك المشتري عنده فاذا قضى القاضى بحقه فملكه لا يبنى على ملك المشتري بل هو يقوم مقام المشتري في الاقالة مع البائع وملك الاقالة بملك المبيع لا بالمقدألانرى أن الوارث يملك الاقالة بعد موت المورث لانه يخلفه في ملكه فاذا قام الشفيع مقام المشتري في الملك بقضاء القاضي ملك الاقالة مع البائع غير أن للمشتري لا يخرجها من يده حتى يرد عليه البائع الثمن كمالو كان هو الذى اقاله بنفسه وهذا لانه بعد ما انفسخ عقده يكون حاله في الحبس كحال البائع عند العقد وقد كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذلك المشتري بعد الفسخ حتى يرد عليه الثمن واذا اشترى دار الرجل غائب فللشفيع أن يأخذها منه بالشفعة لانها في يده وهو نائب عن الموكل فيها ثم العاقد لغيره فيما هو من حقوق العقد بمنزلة العاقد لنفسه وكذلك ان كان البائع وكيلًا لغائب فهو بمنزلة العاقد لنفسه فللشفيع أن يأخذ الدار منه بالشفعة اذا كانت في يده وكذلك ان كان البائع وصيًا للميت لان الورثة اذا كانوا كبارا كلهم وليس على الميت دين ولم يوص بشئ تباع فيه الدار حتى يتقد ذلك لم يجز بيع الوصى لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر بانفسهم وان كان فيهم صبي صغير جاز بيع الوصى في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين أو وصى بوصية من ثمن الدار وهو

استحسن ذهب اليه أبو حنيفة (وفي القياس) لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير خاصة أو بقدر الدين والوصية اعتبارا للبعض بالكل (ولكن استحسن) أبو حنيفة فقال الولاية بالوصاية لا تنجزى فاذا ثبت في بعض الدار ثبت في كلها وفي بيع الكل منفعة لجميع الورثة فالجمل يشتري بما لا يشتري به الاشخاص واذا بلغ الشفع شراء نصف الدار فسلم الشفعة ثم علم انه اشترى جميعها كان له الشفعة لان سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاط النصف اسقاطا للكل ولو أخبر ببيع الكل فسلم ثم علم انه اشترى النصف فلا شفعة له لان من ضرورة تسليم الكل تسليم النصف الذي هو حقه يوضح الفرق ان الاشخاص لا يرغب فيها كما يرغب في الجمل وانما سلم حين أخبر بشراء النصف لانه لم يرغب فيه مع عيب الشركة فهو على حقه اذا تبين له انه لم يكن معيبا فاما اذا سلم ولم يرغب في الاخذ بدون عيب الشركة فأولى أن لا يكون راغبا فيه مع عيب الشركة وذكر عن أبي يوسف على ضد هذا فقال اذا أجبر بشراء النصف فسلم ثم علم انه اشترى الجميع فلا شفعة له واذا أخبر بشراء الجميع ثم علم انه اشترى النصف فله الشفعة لانه قد تمكن من تحصيل ثمن النصف ولا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد يكون له حاجة الى النصف ليم به مرافق ملكه ولا يحتاج الى الجميع واذا اشترى الرجل دارا فلم الشفع وقال قد سلمتها أو سلمت نصف الشفعة كان مسلما للجميع أما اذا سلم الكل فلانه أسقط الحق بعد الوجوب وأما اذا سلم النصف فلان حق الشفعة لا يتجزى ثبوتا واسيافا فلا يتجزى اسقاطا أيضا وما لا يتجزى فذكر بعضه كذكر كله كما لو طلق نصف امرأته وعن أبي يوسف أن تسليم النصف لا يصح لانه لاحق له في أخذ النصف وانما يعتبر اسقاطه فيما له حق الاستيفاء فيه ولأن هذا منه اظهار الرغبة فيما يحتاج اليه من الدار وهو النصف وانما يسقط شفيعته باعراضه عن الطاب لا باظهار الرغبة فيه ولكن هذه الرواية فيما اذا كان طلب أولا ثم سلم النصف أما اذا قال كما سمع سلمت نصف الشفعة فلا شك أنه تسقط شفيعته كما لو سكت عن الطاب واذا اشترى الرجل دارا ففرق بناؤها أو احترق وبقيت الارض لم يكن للشفع أن يأخذها الا بجميع الثمن ولو أحرق البناء بيده فلا شفع أن يأخذ الارض بمحضها من الثمن اذا قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء وقت العقد وللشافعي في الفصلين جميعا قولان في أحد القولين لا يأخذ الا بجميع الثمن وفي القول الآخر يأخذ الارض بمحضها في الوجهين وأصل المسئلة

في البيوع فان المذهب عندنا أن الثمن بمقابلة الاصل دون الاوصاف حتى أن فوات الوصف في يد البائع من غير صنع أحد لا يسقط شيئاً من الثمن وعند الشافعي يسقط في أحد القواين وكذلك فوات الوصف في يد المشتري من غير صنع أحد لا يمنعه من البيع مراجعة على جميع الثمن عندنا وعند الشافعي يمنعه من ذلك ثم البناء وصف وبيع ولهذا دخل في بيع الارض من غير ذكر وهذا لان قوام البناء بالارض كقيام الوصف بالوصف فاذا فات البناء من غير صنع أحد فقد فاته ما هو بيع فلا يسقط شيء من الثمن فاذا فوته المشتري فقد صار مقصوداً يتناولوه فلا بد من أن يكون بهض الثمن بمقابلته كما لو فوت البائع طرف المبيع قبل التسليم فيسقط حقه من الثمن عن الشفيع قال ألا ترى أنه لو احترق منها جذع أو باب أو وهي منها حائط كان له أن يبيعها مراجعة فكذلك للشفيع أن يأخذها بجميع الثمن ان شاء وان هدم البناء بيده ثم جاء الشفيع قسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء فيأخذ الارض بحصتها من الثمن ولا حق له في البناء لانه قد زایل الارض وهو في نفسه منقول لا يستحق بالشفعة وانما كان ثبوت حقه فيه لاتصاله بالارض فاذا زال ذلك لم يكن له في البناء حق ولو انهدم البناء بنفسه فانه يقسم الثمن على قيمة الارض يوم وقع العقد وقيمة النقص لان الانهدام لم يكن بصنع المشتري فالمعتبر هو الاحتباس عنده والمحتبس هو النقص لانه زایل البناء بخلاف الاول فهناك المشتري هو الذي قسم البناء فلهذا قسمنا الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء يوم وقع الشراء حتى لو كانت الدار تساوى ألفاً والتمن ألف وقيمة النقص مائة وقيمة الارض خمسمائة وقيمة التأليف أربع مائة ففي الانهدام يسقط عنه قيمة النقص وفي الهدم يأخذ بحصة الارض لا غير وذلك خمسمائة وكذلك ان كان المشتري قد استهلك البناء وكذلك لو استهلكه أجنبي فأخذ المشتري قيمته فان سلامة بدل البناء للمشتري بمنزلة سلامه البناء له أن لو هدم بيده ولم يذكر ما اذا نوى القيمة على الذي هدم البناء وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الشفيع يأخذ الدار بجميع الثمن ان شاء كما لو احترق البناء من غير صنع أحد فان خرج بعد ذلك ما على الذي هدم البناء من القيمة رجع الشفيع على المشتري بحصة البناء من الثمن فان اختلفا في قيمته فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه حقاً بملك الارض بثلاث الثمن والمشتري ينكر ذلك ويزعم أن له حق التملك بنصف الثمن والقول في مثل هذا قول المشتري مع يمينه كما لو اختلفا في مقدار الثمن فان أقاما البينة فلي قول أبي يوسف البينة

بينة المشتري لاثبات الزيادة في قيمة البناء كما هو مذهبه فيما اذا اختلفا في مقدار الثمن وعلى الطريقة التي حكاها أبو يوسف عن أبي حنيفة هناك البينة بينة الشفيع هنا لانها ملزمة دون بينة المشتري وعلى الطريقة التي حكاها محمد هناك البينة بينة المشتري وهو قول محمد لان هناك انما جعلنا البينة بينة الشفيع باعتبار أن المشتري صدر منه اقرار ان ولا يوجد ذلك المعنى هنا فبقى الاختلاف بينهما في قيمة البناء وفي بينة المشتري اثبات الزيادة فكانت أولى كذلك وان اختلفا في قيمة الارض يوم وقع الشراء نظر الى قيمته اليوم فيقسم الثمن عليهما لان الظاهر شاهد لمن يوافق قوله القيمة في الحال ولان تمييز الصادق من الكاذب بالرجوع الى قيمته في الحال ممكن فيستدل بقيمتها في الحال على قيمتها فيما مضى واذا اشترى دارا فوهب بناءها لرجل أو باعها منه أو تزوج عليها وهدم لم يكن للشفيع على البناء سبيل لانه زایل الارض وهو في نفسه منقول فلا يستحق بالشفعة ولكن يأخذ الارض بحصتها من الثمن لان هدم البناء كان بتسايط من المشتري فهو كما لو هدم بنفسه وان كان لم يهدم فله أن يبطل تصرف المشتري ويأخذ الدار كلها بجميع الثمن لان حقه في البناء مادام متصلا بالارض ثابت وللشفيع حق نقض تصرفات المشتري ألا ترى أنه لو تصرف في الاصل والمبنة كان للشفيع أن ينقض ذلك ويأخذ بالشفعة فكذلك اذا تصرف في البناء ولانه يأخذ الكل بالشفعة بحق تقدم ثبوت تصرف المشتري فهو بمنزلة الاستحقاق في ابطال تصرف المشتري فيه واذا سلم الشفيع الشفعة للمشتري وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم وان صدقه المشتري أنه لم يعلم لانه صرح باسقاط حقه بعد الوجوب وعلمه بحقه ليس بشرط في صحة الاسقاط باللفظ الموضوع له كالأبراء عن الدين وايقاع الطلاق والعناق والعفو عن القصاص وهذا بخلاف ما اذا ساومه وهو لا يعلم انه اشتراه (لان المساومة) غير موضوعة لاسقاط الشفعة وانما تسقط الشفعة بها لما فيها من دليل الرضا من الشفيع ولا يتحقق ذلك اذا لم يعلم الشفيع به واذا اتخذ المشتري الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة (وروى الحسن) عن أبي حنيفة انه ليس له ذلك وهو مذهب الحسن ووجهه أن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة اعتاق العبد وحق الشفيع لا يكون أقوى من حق المرتين في المهرن ثم حق المرتين لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لا يمنع صحة جعل الدار مسجدا ووجه ظاهر الرواية ان للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشتري وذلك يمنع صحة جعله مسجدا لان

المسجد يكون لله تعالى خالصا ألا ترى انه لو جعل جزءا شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك لانه لم يصبر خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة اذا جعله مسجدا وهذا لانه في معنى مسجد الضرار لانه قصد الاضرار بالشفيع من حيث ابطال حقه فاذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناءه المحدث ولو اشترى دارا فهدم بناءها ثم بنى فاعظم المنفعة فان الشفع يأخذها بالشفعة ويقسم الثمن على قيمة الارض والبناء الذي كان فيها يوم اشترى وتسقط حصة البناء لان المشتري هو الذي هدم البناء وينقض المشتري بناءه المحدث عندنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف أن الشفع لا ينقض بناء المشتري ولو كانه يأخذ بالثمن وقيمة البناء مبنيا ان شاء وهو قول الشافعي وجه قولهما ان المشتري بنى في ملك صحيح له فلا ينقض بناؤه لحق الغير كالمو هو ب له اذا بنى في الارض الموهوبة وتأثير هذا الكلام أنه محق في أصل البناء فيستحق قرار البناء اذ ليس في ابقاء بنائه ابطال حق الشفع فانه يتمكن من أخذه مبنيا بالشفعة ولو نقض بناءه تضرر المشتري بابطال ملكه ولو لم ينقض لا يتضرر الشفع بابطال حقه وان لزم الشفع زيادة ثمن قيمة بمقابله يدخل في ملكه ما يمد له والضرر بدل أهون من الضرر الذي يلحقه بغير بدل فكان مراعاة جانب المشتري أولى ألا ترى أنه لو زرع الارض لم يكن للشفيع أن يقلع زرعه لهذا والبناء تبع للأرض بمنزلة الصبغ في الثوب ومن صبغ ثوب انسان فاراد صاحب الثوب أن يأخذ ثوبه كان عليه أن يعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه وهذا بخلاف سائر تصرفات المشتري لان في ابقائها ابطال حق الشفع فلذلك يمكن من نقضها وحجبتنا في ذلك أنه بنى في بقعة غيره أحق بها منه من غير تسليط من له الحق فينقض عليه بناؤه كالراهن اذا بنى في المرهون ويان الوصف أن حق الشفع في هذه البقعة حق قوي متأكد وهو متقدم على حق المشتري وتصرف المشتري فيما يرجع الى الاضرار بالشفيع يكون باطلا لمراعات حق الشفع ويجعل ذلك لتصرفه في غير ملكه ألا ترى أن تصرفه بالبيع والهبة ينقض هذا المبنى فكذلك بناؤه وفي البناء هو مضر بالشفيع من حيث أنه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض هو بالتزامها وهو مبطل للحق الثابت له يعني حق الاخذ باصل الثمن فلا ينفذ ذلك منه كما لا ينفذ سائر التصرفات وهذا بخلاف المشتري شراء فاسدا اذا بنى لانه بنى هناك بتسليط من له الحق ثم حق البائع في الاسترداد ضعيف لا يبق بعد البناء ألا ترى أنه

لا يبقى بعد تصرف آخر من المشتري بخلاف حق الشفيع وكذلك حق الواهب ضعيف لا يبقى بعد تصرف الموهوب له بخلاف حق الشفيع والاشتغال بالترجيح لدفع أعظم الضررين بالاهون انما يكون بعد المساواة في أصل الحق ولا مساواة فحق الشفيع مقدم على حق المشتري ثم البناء الذي يدخل في ملك الشفيع ربما لا يكون موافقا له فيحتاج الى مؤنة ذلك لرفع البناء ثم يبنى على الوجه الذي يوافقه وفي الزرع قياس واستحسان في القياس يقلع زرعه وفي الاستحسان لا يقلع لان لا درا كنهية معلومة وليس في الانتظار كثير ضرر على المشتري بخلاف الغراس والبناء وأصله في المستعير يقلع بناؤه وغرسه لحق المير ولا يقلع زرعه استحسانا واذا اشترى دار ففرق نصفها فصار مثل القرأت يجري فيه الماء ولا يستطيع رد ذلك عنها فللشفيع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن ان شاء لان حقه ثابت في الكل وقد تمكن من أخذ البعض فيأخذه بحصته من الثمن اعتبارا للبعض بالكل والشافعي في كتابه يدعي المناقضة علينا في هذا الفصل ويقول انهم زعموا أنه اذا احترق البناء لم يسقط شيء من الثمن عن الشفيع واذا غرق بعض الارض سقط حصته من الثمن فكأنهم اعتبروا فعل الماء دون النار وانما قال ذلك لقلة الفقه والتأمل فان البناء وصف وتبع وليس بمقابلة الوصف شيء من الثمن اذافات من غير صنع أحد فاما بعض الارض ليس يتبع للارض فلا بد من اسقاط حصة ما غرق من الثمن عن الشفيع أو تأخر ذلك الى أن يتمكن من أخذه والانتفاع به فان قال المشتري ذهب منها الثلث وقال الشفيع ذهب النصف فالقول قول المشتري ويأخذها الشفيع بثاني الثمن ان شاء فان أقاما البينة فهذا ومسئلة قيمة البناء سواء في التخرج على ما بينا وكذلك لو استحق رجل بعضها وسلم الشفعة وطلبها الجار بالشفعة أخذ ما بقي بحصته من الثمن والقول قول المشتري في مقدار المستحق من الباقي لان الشفيع يدعي حق التملك عليه في الباقي بثمن ينكره المشتري ولا شفعة في الشراء الفاسد لان وجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع وعند فساد البيع حق البائع لم ينقطع ولان في اثبات حق الاخذ للشفيع تقرير للبيع الفاسد وهو معصية والتقرير على المعصية معصية فان سلمها المشتري للشفيع بالثمن الذي أخذها به وسماه له جاز ذلك لان التسليم بالشفعة سمي بغير قضاء في حكم البيع المبتدأ ولو باعه المشتري ابتداء جاز ييمه وكان عليه قيمة الدار فكذلك اذا سلمها للشفيع ألا ترى أنه لو ورث دارا فسلمها للشفيع بالف درهم كان ذلك ييما منه ولو اشترى ييما منقولاً

فطلب الشفيع بالشفعة فسلم كان ذلك بيعا مبتدأ فهذا مثله وإذا مات الشفيع بعد البيع قبل أن يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا وعند الشافعي له ذلك والكلام في هذه المسئلة نظير الكلام في خيار الشرط وقد بيناه في البيوع فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق أن الوارث يقوم مقام المورث وان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول مجرد الرأي والمشية لا يترتب فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه وانما ثبت له بالشفعة مجرد المشية بين أن يأخذ أو يترك ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة تزول بموته وهو ملكه وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ألا ترى أنه لو أزاله باختياره بأن باع ملكه قبل أن يأخذ البض المشفوع لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال بموته والثابت للوارث جوازا أو شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبغي على صفة المالكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ بالشفعة لجار السكنى وصفة المالكية تتجدد للوارث بانتقال ملك المورث اليه فلا يجوز أن يستحق الشفعة بهذا السبب ولو كان بيع الدار بعد موته كان له فيها الشفعة لان الملك انتقل بالموت الى الوارث بسبب الاستحقاق وهو الجوار عند بيع الدار كان للوارث والمعتبر قيام السبب عند البيع لاقبله واذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة لان المستحق باق وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقدما على حق من ثبت حقه من جهته أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو الوصي في دين الميت فالشفيع أن يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه فكيف ينقضه الشفيع لان القاضي انما باعها اما لجهله بحق الشفيع أو بناء على أنه ربما لا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلا ولان هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد أجمعوا على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري وانما يبيعه القاضي في دين المشتري ووصيته بطريق النيابة عنه وكذلك لو أوصى فيه بوصية أخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية واذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب مكانه فلا شفعة له وفي هذا اللفظ اشارة الى أن طلب الشفعة يتوقف بمجلس علم الشفيع به وهو اختيار الكرخي وذو كراين رستم في نوادره عن

محمد انه اذا سكت عن الطلب بعد ما علم بالبيع يبطل شفעתه وعلى هذا عامة مشايخنا الا أن هشاما ذكر في نوادره انه اذا سكت هنية ثم طلب فهو على شفעתه ما لم يتناول سكوته وكذلك قال كما إن سمع - بحان الله أو قال الله أكبر أو قال خلصني الله من فلان ثم طلب الشفعة فهو على شفעתه وكذلك اذا قال بكم باعها أو متى باعها أو متى اشتراها بهذا القدر من الكلام لا تبطل شفעתه وهو على حقه اذا طلب وقال ابن أبي ليلى ان طال الى ثلاثة أيام فله الشفعة وقال سفيان له مهلة يوم من حين سمع وقال شريك هو على شفעתه ما لم يبطلها صريحا أو دلالة بمنزلة - سائر الحقوق المستحقة له وابن أبي ليلى كان يقول يحتاج الشفيع الى النظر والتأمل حتى يعلم أنه ينتفع بجوار هذا الجار فلا يطالب الشفعة أو يتضرر به بطلت الشفعة ومثل هذا لا يوقف عليه الا بالتأمل فيه مدة فيجعل له من المدة ثلاثة أيام بمنزلة خيار الشرط فلهذا قدرها سفيان بيوم واستدل علماؤنا في ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة لمن وثبها وفي رواية الشفعة كنشعة العقال ان أخذ بها ثبتت والا ذهبت ولانه اذا سكت عن الطلب فذلك منه دليل الرضا بمجاورة الجار الحادث ودليل الرضا كصريح الرضا ولو لم يجعل هذا منه دليل الرضا تضرر به المشتري فانه يسكت حتى يتصرف المشتري فيه ثم يبطل تصرفه عليه وفيه من الضرر ما لا يخفى الا أن الكرخي جعل له المجلس في ذلك لحاجته الى الرأي والتأمل فهو كالحيرة لها الخيار مادامت في مجلسها ولان الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله ولقظة الطاب لم يذكرها في الكتب والظاهر أنه بأي لفظ طلب فهو صحيح منه كسائر الحقوق الا أنه روى عن أبي يوسف أنه يذكر في طلبه البيع والسبب الذي يطلب به الشفعة من جوار أو شركة فان طلبها فابي المشتري أن يدفعها اليه وخاصة وأشهد الشفيع شهودا على طلبه الشفعة كان على شفעתه لانه أظهر بطله رغبته في الاخذ لدفع الضرر عن نفسه فاذا علم بالبيع وهو بمحض من المشتري فالجواب واضح وكذلك ان كان بمحض من الشهود ينبغي له أن يشهدهم على طلبه ثم توجه الى من في يده الدار أو الى موضع الدار فيشهد على الطلب أيضا على ما بينه ان شاء الله تعالى وكذلك لو لم يكن بمحضته أحد حين سمع ينبغي له أن يطلب الشفعة فالطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود فينبغي له أن يطلب حتى اذا حلفه المشتري أمكنه أن يحلف أنه طلبها كما سمع ثم يأتي الى موضع الشهود فيشهدهم على الطلب ويسمى

هذا طلب الموائبة ثم يأتي الي من في يده الدار فيشهد على الطلب عنده أيضا ويسمى هذا طلب التقرير وهو على حقه بعد هذا وان طالت الخصومة بينهما وان أثبت ذلك في ديوان القاضي فهو أبلغ في العذر فان شغله شيء أو عرض له سفر بعد اشهاده على طلب التقرير فهو على شفخته وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس . لان حقه قد تقرر بالطلب فلا يسقط بعد ذلك الا باسقاطه صريحا أو دلالة وعن محمد أنه اذا ترك ذلك شهرا بطلت شفخته استحسانا لانه لو لم يسقط حقه تضر به المشتري فانه يتمذره عليه التصرف مخافة أن ينقض الشفيع تصرفه والضرر مدفوع وانما قدر ذلك بالشهر لان الشهر في حكم الاجل ومادونه عاجل بدليل مسألة المين لتعصير حقه عاجلا فقبضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وعن أبي يوسف اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفخته حتى ان كان القاضي يجلس في كل ثلاثة أيام فاذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم الشفيع فيه اختارا بطلت شفخته وان سلم الشفعة على مال فالتسليم جائز ورد المال على صاحبه لانه أسقط حقه مختارا ورضي بجواره ولكنه طمع في غير مطمع وهو المال فانه لا يستحق المال الا بمقابلة ملك له وحق الشفعة ليس بملك له فلا يستوجب بمقابلة اسقاطه المال وتسليم الشفعة لا تتعلق بالشرط فالشرط الفاسد وهو المال فيه لا يمنع صحة التسليم أيضا وكذلك لو باع شفخته بمال لان البيع تملك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التملك فيه ير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كييع الزوج زوجته من نفسها وفي الكتاب لا بل لا قيمة للشفعة على كل حال ولا يجوز أن يؤخذ عنها مال بمنزلة الكفالة بالنفس وقد بيناه في شرح كتاب الكفالة انه لو أبرأ الكفيل بالنفس على مال لا يجب المال وفي براءة الكفيل هناك روايتان وانما استشهد بالكفالة لبيان أنه لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بملك متقوم (وهذا بخلاف) الاعتياض عن ملك النكاح في زوجته بالخلع وعن القصاص بالصلح وعن اسقاط الرق بالعق (فذلك كله ملك) متقرر له في المحل شرعا وكما يجوز أن يلتزم العوض لثبت الملك له يجوز أن يأخذ العوض ليبطل ملكه فاما الشفيع ليس يملك على المشتري شيئا قبل الاخذ فتسلمه الشفعة ترك التعرض منه للمالك في ملكه وليس فيه ابطال ملك ثابت فلا يستحق بمقابلته عوضا عليه ثم هذا على ثلاثة أوجه أحدها أن يسلم على مال سمي والثاني أن يصالح المشتري على أن يأخذ منه نصف الدار بنصف الثمن فهذا صحيح ويكون مسقطا لحقة فيما زاد على النصف لانه أخذ بعض حقه بما يخصه من البذل وذلك جائزا اعتبارا

للمض بالكل والثالث لو صالحه على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فهذا الصلح باطل لان حصه البيت من الثمن غير معلومة وهو على شفעתه لانه ماضى باسقاط حقه وانما اظهر الرغبة في اخذ مقدار ما يحتاج اليه من الدار فكان على شفעתه في جميع الدار ولو قضى القاضي للشفيع بالدار لشفعته ثم مات قبل نقد الثمن وقبض الدار فالبيع لازم لورثته لان الشفيع على كفا يبدل بقضاء القاضي فكان حكمه كحكم ما لو اشترى بنفسه وفي هذا اشارة الى ان القاضي يقضي له بشفعة قبل أن يحضر الثمن وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف فاما محمد لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن لان تمكنه من الاخذ اذا أدى الثمن فلا يقضى القاضي له بالملك قبل ذلك دفعا للضرر عن المشتري ولكننا نقول ما لم يجب الثمن عاجلا لا يطالب باحضاره ووجوب الثمن عليه بقضاء القاضي له بالدار فالقاضي يقضي له بحقه قبل احضار الثمن ويحمل المشتري الحق بامساكها الى أن يستوفي الثمن فيدفع الدار اليه كما هو الحكم فيما بين البائع والمشتري واذا اشترى دارا والشفيع غائب فعلم بالشراء فله من الاجل بعد العلم على قدر المسير ومعنى هذا أنه كما علم بالبيع ينبغي له أن يطلب الشفعة ويشهد على الطالب ونسبة لا تمنع صحة لاشهاد على الطلب كما لا يمنع ثبوت حقه ثم بعد الاشهاد حاله كحال الحاضر فكما أن هناك عليه أن يتوجه الى من في يده الدار من غير تأخير ليطالب عنده فهنا عليه أن يتوجه أو يبعث نائب عنه من غير تأخير ولكن بعد المسافة يحتاج الى مهلة هنا فلماذا جعل له الاخذ بقدر المشتري وكما يتمكن من استيفاء حقه بنفسه يتمكن من ذلك بنائيه وربما لا يتمكن من أن يتوجه بنفسه لمذر له في ذلك فيكون له أن يبعث من يطلب فاذا مضى ذلك الاجل قبل أن يطلب أو يبعث من يطلب فلا شفعة له فان قدم فطلب فتغيب المشتري عنه أو خرج من البلد فاشهد على طالب الشفعة فهو على شفעתه وان طال مدة ذلك لانه أتى بما كان مستحقا عليه في طلب التتمير اذ ليس في وسعه أن يتبع المشتري وربما لا يظفر به أو يلحقه ضرر عظيم فيه فاذا ظهر المشتري ببلد ليس فيه الدار فليس على الشفيع أن يطلبه في غير البلد الذي فيه الدار لانه لا فائدة في اتباعه فانه لا يتمكن من الاخذ الا في البلد الذي فيه الدار فاذا حضر هذا البلد فقد أتى بما كان يحق عليه ثم المشتري قصد أن يلحقه زيادة ضرر حين هرب منه فرد عليه قصده ويكون الشفيع على حقه اذا رجع المشتري واذا اشترى من امرأة فاراد أن يشهد عليها فلم يجد من يعرفها الا من لهم الشفعة فان شهادتهم لا تجوز عليها أن أنكرت ذلك بعد أن

يطلبوا الشفعة وان سلموا الشفعة جازت شهادتهم عليها لان في اثبات البيع عليها اثبات حقهم
ما لم يسلموا الشفعة وكانوا خصما في ذلك والخصم في الحادثة لا يكون شاهدا فيها واذا اشترى
دارا والقاضي شفيعها أو ابنه أو أبوه أو زوجته فان قضاءه لا يجوز لاحد من هؤلاء لان ولاية
القضاء فوق ولاية الشهادة فاذا لم تجز شهادته لنفسه أو لاحد من هؤلاء فكذلك قضاؤه واذا
قضى القاضي للشفيع بالشفعة فسأله المشتري أن يرد لها عليه على أن يزيد في الثمن كذا ففعل
ذلك فرد لها عليه فان ذلك رد لا يكون له الزيادة لان هذا بمنزلة الاقالة ومن أصل أبي حنيفة
أن الاقالة فسخ بالثمن الاول وما سمي فيها من زيادة أو جنس آخر من الثمن فهو باطل لان
الاقالة لا تتعلق بالجائز من الشروط وهو تسمية الثمن فالفاسد من الشرط في الثمن لا
يطله وعلى قول محمد الاقالة فسخ اذا كان بالثمن الاول أو أقل منه فان كان بأكثر من
الثمن الاول أو بجنس آخر سوى الثمن الاول فهو بيع مبتدأ اذا أمكن واذا تعذر الامكان
كان فسخا بالثمن الاول ولا امكان ههنا بجعل الاقالة بيعا مبتدأ مع تسميتها زيادة في الثمن لان
الشفيع لم يقبض الدار بعد ومن أصل محمد أن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز من البائع ولا من
غيره العقار والمنقول في ذلك سواء وكذلك في قول أبي يوسف الاول فاما على قول الآخر
بيع العقار قبل القبض جائز ومن أصله أن الاقالة بمنزلة البيع المبتدأ اذا أمكن وههنا يمكن
جملة بيعا مبتدأ وان لم يكن قبض فلهذا كان له الزيادة عند أبي يوسف والذي يقول في الكتاب
اذا كان قد قبض قبل المناقضة بناء على قوله الاول فاما على قوله الآخر لا يعتبر بهذا الشرط
وكذلك لو طلب اليه المشتري أن يسلمه للبائع على أن يرد عليه من الثمن شيئا مسمى لانه
اقالة وقد بينا أن اقالة الشفع كما تجوز مع المشتري تجوز مع البائع لانه قام مقام المشتري بعد
ما قضى القاضي له بالشفعة والله تعالى أعلم بالصواب

باب الشهادة في الشفعة

قال رحمه الله ولا تجوز شهادة الشفيعين بالبيع على البائع الجاحد ان طلبا الشفعة لانهما
يشهدان لانفسهما فيثبتون البيع ثبت حقهما في الشفعة وان سلماها جازت شهادتهما للمشتري
لا تفاء التهمة عن شهادتهما بعد تسليم الشفع فانهما يشبتان سبب الملك للمشتري ولا شفعة
لهما في ذلك بعد ما سلما الشفعة وان جحد المشتري الشراء والدعاه البائع لم تجز شهادتهما أيضا

فيه من صديق أو قريب حتى ينظر اليه فله حاجة الى ذلك جملته كاشتراط الخيار لنفسه . قال
(واذا هلكت السلامة في يد البائع وله الخيار أو للمشتري فلا ضمان على المشتري فقد بطل البيع)
لقوات القبض المستحق بالعمد كما لو كان البيع باتا وان كان في البيع خيار للبائع أو للمشتري
فجاء به المشتري ليرده فقال البائع ليس هو الذي بعتهك فاقول قول المشتري فيه لانه ينفرد
بالفسخ بخياره فيبقى ملك البائع في يده والقول في تعينه قوله أمينا كان أو ضامنا لان
المشتري قابض والاصل أن القول قول القابض في المقبوض أمينا كان أو ضامنا كما في
الفاصل وكذلك ان كان غير مقبوض وأراد البائع أن يلزمه فقال المشتري ليس هذا الذي
بعته فاقول قول المشتري مع يمينه ولا يلزمه البيع الا أن تقوم عليه بينة أنه هو المبيع فيلزمه
ان لم يكن له خيار وان كان له خيار رده ان شاء لان البيع اذا كان فيه شرط الخيار للبائع
فهو في حكم الملك كالمعلق بالشرط والمعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وكان الزام المبيع اياه
بمنزلة ابتداء التملك من هذا الوجه والبائع يدعى ثبوت حق التملك له في هذه العين
والمشتري منكر دعواه ولو أنكر العقد أصلا كان القول قوله فكذلك هنا يوضحه ان البائع
لا يملك بحكم خياره الزام البيع الا اذا كان المبيع قائما في يده وقوله في تعيين المبيع ليس
بحجة على المشتري في إيجاد الشرط وبدون التعيين لا يملك ايجاب البيع فيه فحال البائع الآن
كحال المشتري اذا ادعى الرد بالعيب بعد القبض في أنه لا يقبل قوله في تعيين المبيع وبدون
التعيين لا يتمكن من رده بالعيب بعد القبض . قال (وان شرط المشتري الخيار لغيره ثم ان زمن
الخيار رد المبيع بمحض من البائع جاز البيع) لانه قائم مقام المشتري في التصرف بحكم
الخيار وكذلك لو كان المشتري هو الذي رده لما بينا أن شرط الخيار لغيره اشتراط منه
لنفسه * وان قال المشتري قد أجرته وقال الذي له الخيار قد ردته فان سبق أحدهما فان
تصرف السابق منهما أولى اذا كان ردّا كان أو اجازة لان برد السابق منهما انفسخ العقد
والنفسخ لا تلحقه الاجازة وباجازة السابق منهما انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين
بفسخه ولو وجد الامر ان معا فالفسخ أولى لان الفسخ يرد على الاجازة والاجازة لا ترد
على الفسخ فيترجح الفسخ باعتبار أنه عامل لاحقا كان أو سابقا كنكاح الحرة والامة اذا
اجتمعا يقدم نكاح الحرة * وكذلك لو كان البائع شرط الخيار لبعض أهله * فقال قد أوجب
البيع * وقال الذي له الخيار لأرضي فهو جائز وقد أشار في بعض نسخ البيوع الى أنه اذا أجاز

اذا وجد بها عيبا ردها على الوكيل وكان ذلك ردا على الموكل ويمتنع ذلك اذا قبلت شهادته
 على أنه ردها على البائع بالشفعة فيكون في هذا تبعيد الخصومة عنه لان البائع لما لم يكن له
 الشفعة فيردها عليه كابتداء البيع منه وشهادة الآمر بالبيع على المشتري أنه باعها من غيره لا
 تقبل فاما الوكيل بالشراء له أن يأخذ ما اشترى بالشفعة لان شراءه لغيره كشراؤه لنفسه
 وشراؤه لنفسه لا يكون ابطالا للشفعة حتى ان أحد الشفعاء اذا اشترى الدار فهو على شفعتيه
 فيها يظهر ذلك عند مزاحمة الآخرين فكذلك شراؤه لغيره وهذا لان الشفعة انما تبطل
 باظهار الشفعين الرغبة عن الدار لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهر الرغبة في المشتري فلا يكون
 ابطالا للشفعة ولان البائع يلتزم المدة بالبيع فلو أخذ بالشفعة كان مبطلا ما التزم به من المدة
 والمشتري يلتزم الثمن بالشراء وهو بالاخذ بالشفعة يقرر ما التزم بالشراء ولو شهد ابنا الشفعين
 انه قد سلم الشفعة لم تجز شهادتهما لانهما يشهدان لابيهما بتقرر الملك واليد فيها واذا باع
 الرجل دارا وله عبد تاجر هو شفعيها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن عليه دين
 فلا شفعة له لان ماله لمولاه اذا لم يكن عليه دين وكما أن البائع لا يأخذ ما باع بالشفعة فكذلك
 عبده لا يأخذ واذا كان عليه دين فالغرماء أحق بكسه وللغرماء حق الاخذ بالشفعة في هذه
 الدار فكذلك للعبد أن يأخذ بالشفعة يوضحه أن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء العبد من
 مولاه اذا لم يكن عليه دين باطل بخلاف ما اذا كان عليه دين فكذلك حكم الاخذ بالشفعة
 وعلى هذا لو باع العبد ومولاه شفعيها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد
 وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان اغرمائه والمولى من كسب عبده المديون
 كسائر الاجانب فان شهد ابنا المولى على العبد أنه سلم الدار للمولى بالشفعة فشهادتهما باطلة
 لانهما يشهدان لابيهما بالملك واليد في الدار (قال وكذلك لو شهدا عليه بتسليم الشفعة في
 الوجه الاول والدار في يد المولى البائع) لان للعبد حق الاخذ بالشفعة من يده فهما يشهدان
 بما يسقط حقه عن أبيهما فكانا متهمين في ذلك واذا باع المولى داره ومكاتبه شفعيها فله الشفعة
 لانه لاحق للمكاتب في ملك مولاه وهو في البيع الذي باشره مولاه كاجنبي آخر وان شهد
 أبنا المولى أن المكاتب سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لانهما لو شهدا عليه بتسليم
 الشفعة حين كانت الدار في يد المولى لم تكن شهادتهما مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد ما سلمها
 الى المشتري وقيل تأييل هذه المسئلة ان الدار في يد البائع بعد فشهادا على المكاتب بأنه سلم

الشفعة للمشتري ليسقط حقه به في الاخذ من أبيهما فاما اذا كانت الدار في يد المشتري فالشهادة تقبل لخلوها عن التهمة فقد خرج أبوهما من خصومة الشفيع بتسليمها الي المشتري وان كان البائع المكاتب ومولاه شفيعهما والدار في يد البائع كان له الشفعة لانه من كسب مكاتبه أبعده منه من كسب العبد المديون وقد بينا هناك أنه يستحقها بالشفعة فهنا أولى فان شهد ابنا المولى انه سلم الشفعة للمشتري جازت شهادتهما لانهما يشهدان على أبيهما باسقاط حقه فان قيل الدار في يد المكاتب فهما يشهدان في المعنى لمكاتب أبيهما وشهادتهما لمكاتب أبيهما وعبد أبيهما لا تقبل قلنا نعم ولكن هذا اذا لم يكن المشهود عليه الاب فاما اذا كان المشهود عليه الاب فلا تتمكن التهمة في شهادتهما ألا تري ان شهادتهما لمكاتب أبيهما بدين على أبيهما تقبل وعلى الاجنبي لا تقبل وهذا لانهما يوثران مكاتب أبيهما على الاجنبي لاعلى أبيهما واذا باع الرجل دارا فشهد ابنا البائع أن الشفيع سلم الشفعة للمشتري فشهادتهما باطلة لان أباهما خصم فيه مادامت الدار في يده وللشفيع أن يأخذها منه ويلزمه المدة فهما يشهدان لا بهما وان كان المشتري قد قبض الدار فخاصمه الشفيع ثم شهد الابنان بذلك جازت شهادتهما لان الاب خرج من هذه الخصومة بتسليمها الى المشتري فهما يشهدان للمولى على الشفيع فان قيل أليس أن البائع لو شهد على الشفيع بذلك بعد ما سلمها الى المشتري لم تقبل شهادته كما قبل التسليم فكذلك ابنا البائع قلنا امتناع قبول شهادته يكون خصما فيه ومن كان خصما في حادثة مرة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة فاما امتناع قبول شهادة الابنين لمنفعة أبيهما في المشهود به وذلك قبل أن يسلمها الى المشتري فاما بعد التسليم فلا منفعة لا بهما فقبلت شهادتهما بذلك وكذلك العبد والمكاتب اذا باعا دارا وقبضا المشتري ثم شهد ابنا المولى على الشفيع بالتسليم فهو جائز لان الاب لو كان هو البائع كانت شهادتهما مقبولة فاذا كان العبد والمكاتب هو البائع أولى أن تقبل الشهادة وبهذه المسئلة يتضح ما بينا من التأويل في المسئلة الاولى واذا شهد رجلان للبائع والمشتري على الشفيع انه قد سلم الشفعة وشهد رجلان للشفيع ان البائع والمشتري سلما الدار فضيت بها للذي هي في يده وهذا بمنزلة رجلين اختصما في دار كل واحد منهما يدعي انه اشتراها من صاحبه بالف درهم ونقد الثمن فاني أقضي بها للذي هي في يده وهذه مسئلة التهاثر وقد بينا في كتاب الدعوى أن عند أبي حنيفة وأبي يوسف تهاثر البيئتان وعند محمد يقضى بالبيئتين بحسب الامكان فمن أصحابنا من يقول مسئلة الشفعة

على الخلاف أيضا وان لم ينص عليه لان كل واحد منهما يثبت بينة الملك لنفسه على صاحبه بسبب يصرح به شهوده قال الشيخ الامام والاصح عندي ان جواب مسئلة الشفعة قولهم جميعا وان هذا ليس نظير مسئلة التهار فان هناك محمد يقضى بالبينتين بتاريخ بينة بين الشراءين واليد دليل ذلك التاريخ ولا يتأتى مثل ذلك هنا وأبو حنيفة وأبو يوسف يقولان بالتهار لان كل واحد منهما يثبت اقرار صاحبه بالملك له وكل بائع مقر بوقوع الملك للمشتري وذلك لا يوجد هنا فالشفيع بتسليم الشفة لا يصير مقرا بالملك للبائع ولا للمشتري ولكن وجه هذه المسئلة أن تسليم المشتري الدار بالشفعة للشفيع يحتمل الفسخ وتسليم الشفيع الشفعة لا يحتمل الفسخ بحال فانه بعد ما سلم الشفعة لا يعود حقه وان اتفقا عليه والبيتان متى تعارضتا وأحدهما تحتمل الفسخ والاخرى لا تحتمل الفسخ كما لا يحتمل الفسخ يرجح كما لو أقام البينة على انه اشترى هذا العبد من مولاه وأقام العبد البينة ان مولاه أعتقه يوضحه انما يحمل كأن الامرين كانا فان كان الشفيع - لم الشفعة أولا ثم سلمها المشتري له فما لم يخرج منه يده لا يتم التسليم وبعد الاخراج يكون هذا بمنزلة البيع المبتدأ فيقضى بها للشفيع اذا كانت في يديه وان كان المشتري سلمها الى الشفيع أولا وقبضها الشفيع ثم سلم شفيعته فتسليمه باطل لان استيفاء حقه قد تم فلماذا قضى بالدار لذى اليد وان كان المشتري قد قبض الدار فشهد ابن البائع أن المشتري قد سلمها للشفيع وهي في يدى المشتري وشهدا أجنبيان ان الشفيع قد سلمها للمشتري فاني أسلمها للمشتري واختيار شهادة الشهود على تسليم الشفعة لوجهين أحدهما ما بينا ان تسليم الشفعة لا يحتمل الفسخ بخلاف تسليم الدار الى الشفيع والثاني ان بنى البائع يهتان في شهادتهما بتباعد الخصومة والعهدة عن أبيهما لان المشتري يخاصم اباهما في عيب يجده بالدار قبل أن يسلمها الى الشفيع ولا يخاصمه في ذلك بعد ما سلمها بالشفعة الى الشفيع فلماذا لا تقبل شهادة ابني البائع هنا واذا سلم الشفيع الشفعة ثم وجد المشتري بالدار عيبا بعد ما قبضها فرداها بغير قضاء قاض أو قال البائع البيع في الدار بغير عيب كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة قبل القبض وبعده عندها (وقال) زفر ليس له ان يأخذها لانه سلمها ولم يتجدد حقه بما أخذنا من السبب لان وجوب الشفعة يختص بمعاوضة مال بمال ابتداء والرد بالعيب والاقالة فسخ للعقد وليس بمعاوضة مبتدأة ولا يجوز أن يقال يحمل ذلك كبيع مبتدأ لان التصرف انما يصحح على قصد التصرف وهما قصدا الفسخ لا العقد ولكننا نقول الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء القاضى

بمنزلة البيع المبتدأ في حق غيرهما لانه تم بتراضيهما في محلين كل واحد منهما مال متقوم ولا
 صورة للمعاوضة الا هذا غير انهما سمياه فسخا ولهما الولاية على أنفسهما فكان فسخا في حقهما
 ولا ولاية لهما على غيرهما فكان بمنزلة ابتداء المعاوضة في حق غيرهما فيتجدد به حق الشفيع
 وان كان ردها بالعيب بقضاء قاض لم يكن للشفيع فيها شفعة لان قضاء القاضي بالرد فسخ
 وليس به قذفان للقاضي ولاية فسخ العقد الذي جرى بينهما لا انشاء العقد وكذلك ان لم يكن
 قبضها المشتري حتى ردها بالعيب بقضاء أو بغير قضاء فلا شفعة فيها لان الرد قبل القبض فسخ
 من كل وجه ألا ترى أن الرااد ينفرد به من غير أن يحتاج الى رضاء أو قضاء القاضي فهو نظير
 الرد بخيار الرؤية أو خيار الشرط والحرف الذي تدور عليه هذه المسائل انه متى عاد بالرد الى
 قديم ملك البائع لا يتجدد للشفيع الشفعة لان حقه لم يكن ثابتا في قديم ملكه واذا لم يعد
 الى قديم ملكه كان هذا في معنى ملك حدث له بسبب مبتدأ فيتجدد به حق الشفيع والرد
 بعد القبض بالعيب أو بالاقالة بهذه الصفة حتى لو كان موهوبا لا يرجع فيه الواهب ولو كان
 مشتري شراء فاسدا لا يسترده البائع بخلاف الرد بخيار الشرط والرؤية قبل القبض أو بعده
 بقضاء القاضي واذا كان لرجل على رجل دين يقربه أو يحجده فصالحه من ذلك على دار أو
 اشترى منه دارا وقبضها فلا شفيع فيها الشفعة أما في الشراء فلانه صار مقرا بالدين حين أقدم
 على الشراء به وفي الصلح المذهب عندنا أن الصلح على الانكار مبنى على زعم المدعى في حقه
 وفي زعمه أنه ملك الدار بعوض هو مال للشفيع أن يأخذها بالشفعة بناء على زعم المدعى فان
 اختلف هو والشفيع في مبلغ ذلك الدين وحجسه فهو بمنزلة اختلاف المشتري والشفيع في
 الثمن وقد بينا ذلك ولا يلتفت الى قول الذي كان عليه الحق لانه صار قابضا لما عليه بدينه وقد
 بينا أن البائع بعد ما قبض الثمن لا قول له في بيان المقدار واذا أقر الرجل أنه اشترى دارا
 بالف درهم فآخذها الشفيع بذلك ثم ادعى البائع أن الثمن الفان وأقام البينة فانه يؤخذ بيئته
 لانه يثبت بها حقه ويرجع الشفيع على المشتري بالف أخرى لان الشفيع انما يأخذها بالالف
 الذي سلمت به للمشتري وقد تبين انها سلمت له بالفين ولا معتبر باقرار المشتري أن الثمن
 كان ألف درهم لانه صار مكذبا في اقراره بقضاء القاضي فيسقط اعتبار اقراره كمن أقر بعين
 لا انسان واشتراه منه ثم استحق من يده ما أثبتته يرجع على البائع بالثمن وكذلك لو ادعى البائع انه
 باعها اياه بمائتي دينار أو عرض بعينه قيمته أكثر من الف درهم وأقام البينة فانه يقضي له بذلك

على المشتري ويسلم الدار للشفيع بذلك فيحسب له المشتري بقدر ما قبض منه ويرجع بالفضل عليه وان كان قيمته أقل من الف رجع الشفيع على المشتري بالفضل على قيمة العرض لان الواجب للمشتري على الشفيع قيمة العرض الذي وقع الشراء به وقد تبين أنه أخذ منه أكثر من ذلك فيلزمه رد الفضل واذا اختلف البائع والمشتري في ثمن الدار تحالفا ويبدأ باليمين على المشتري وقد بينا هذا في البيوع فإيهما نكل عن اليمين وجب البيع بذلك الثمن ويأخذها الشفيع به وان اختلفا تراد البيع وأخذها الشفيع بما قال البائع ان شاء لانها انفقا على صحة البيع بينهما وثبت حق الاخذ للشفيع فلا يبطل ذلك بفسخ البيع بينهما بالتحالف ألا ترى أن المشتري بعد التحالف لو صدق البائع كان أحق بالدار بما ادعاه البائع من الثمن فكذلك الشفيع اذا صدق البائع وان أقاما جميعا البينة كانت البينة بينة البائع ويأخذها الشفيع به وقد بينا فرق أبي حنيفة ومحمد بن هذا وبين ما إذا كان الاختلاف بين المشتري والشفيع وكذلك لو مادعى البائع أن الثمن كانت هذه الدار فقال المشتري بل اشتريتها بهذا العرض وأقاما البينة فيبينة البائع أولى بالقبول لانه ثبت به حق نفسه فان كان الشفيع شفيعا للدارين جميعا أخذ كل واحدة منهما بقيمة الاخرى لان المعاوضة في الدارين تثبت بقضاء القاضي فهو كالثابت بالمعينة ولو كان لكل واحد منهما شفيع أخذها بقيمة الاخرى فكذلك اذا اتخذ شفيعهما وان كان للدار شفيعان فشهد شاهدان أن احدهما قد سلم الشفعة ولا يدريان أيهما هو فشاهدتهما باطلة لان المشهود عليه مجهول ولا يتمكن القاضي من القضاء على المجهول ولا منهما ضيعة شهادتهما فإيهما عند التحمل انما تحملا الشهادة على معلوم فاذا لم يعرفاه كان ذلك منهما تضييعا للشهادة وان كان أحد الشفيعين غائبا كان للحاضر أن يأخذ جميع الدار لان حق كل واحد منهما ثابت في جميع الدار ولان حق الحاضر قد تأكد بالطلب ولا ندرى أن الغائب يطلب حقه أولا يطلب فلا يجوز أن يتأخر حق الحاضر بقيمة الآخر ولا يتمكن من أخذ البعض لما فيه من الاضرار بالمشتري من حيث تبعض الملك عليه فقلنا بانه يأخذ أو يدع وإذا أراد أن يأخذ النصف ورضي المشتري بذلك فله ذلك لان المانع حق المشتري وان قال المشتري لا أعطيك الا النصف كان له أن يأخذ الكل لما بينا ان حقه ثابت في جميع الدار وأكثر ما في الباب ان الغائب قد سلم له شفيعته فللحاضر أن يأخذ الكل واذا كفل للمشتري كفيل بالدرك فأخذ الشفيع الدار منه بالشفعة ونوى الثمن عليه لم يكن للمشتري على كفيل الدرك سبيل لان

المشتري ما لحقه فيها درك فالدرك هو الاستحقاق بحق متقدم على البيع وذلك لا يوجد عند أخذ الشفيع بالشفقة وان لحق الشفيع درك لم يكن له على الذي كفل للمشتري بالدرك سبيل لانه ضمن للمشتري الدرك والشفيع غير المشتري والضامن لانسان شيئا لا يكون ضامنا لغيره والدليل على أن الاخذ بالشفقة ليس بدرك ان المشتري لو كان بنى فيها فنقض الشفيع بناءه لم يكن له أن يرجع على البائع بقيمة البناء بخلاف ما اذا استحقها مستحق واذا كفل رجلان للمشتري بالدرك ثم شهدا عليه بتسليم الدار الى الشفيع بالشفقة فشهادتهما باطلة لان الكفيل بالدرك بمنزلة البائع وقد بينا ان شهادة البائع بذلك غير مقبولة ولا شهادة ابنه فكذلك شهادة الكفيلين بالدرك وشهادة ابينهما وهذا لانهما يتقلان المهدة عن أنفسهما بهذه الشهادة وكذلك ان شهدا أن الشفيع سلم الشفقة فهما بمنزلة البائعين في ذلك لا تقبل شهادتهما لان صحة الشراء وتمام الملك للمشتري كان بقبولهما ضمان الدرك فهما بهذه الشهادة تقران ما يصح بهما واذا شهد الشفيع شهودا انه يأخذها بالشفقة ولم يجيء الى المشتري ولا البائع ولا الى الدار ولم يطلبها فلا شفقة له لانه ترك الطلب المقرر لحقه بعد ما تمكن منه ولو ترك طلب المواثبة بعد ما تمكن منه سقط حقه فهنا أولى فان شهد على الطلب قبلها ولم يسم له الثمن فهو باختيار اذا علم للثمن ليكشف الحال له عند ذلك ولان بمجرد الطلب لا يتم الاخذ وهو على خياره ما لم يتم أخذه بالشفقة واذا شهد البائعان على المشتري ان الشفيع قد طلب الشفقة حين علم بالشراء والشفيع مقرانه علم به منذ أيام وقال المشتري ما طلب الشفقة فشهادة البائعين باطلة وكذلك شهادة أولادهما كالمشهدا على المشتري بتسليم الدار الى الشفيع وهذا لانهما يقرران حق الشفيع في الاخذ وفيه تنفيذ المهدة والخصومة عنهما وان قال الشفيع لم أعلم بالشراء الا الساعة فالقول قوله مع يمينه لان علمه بالشراء حادث فعلى من ادعى تاريخا سابقا فيه أن يثبت بالبينة وهو منكر للتاريخ فالقول قوله مع يمينه فان شهد البائعان انه علم منذ أيام فشهادتهما باطلة ان كانت الدار في أيديهما أو في يد المشتري لان هذا في المعنى شهادة على الشفيع بتسليم الشفقة وقد بينا أن البائع لا يكون شاهدا في هذا امالانه خصم فيه أو لانه كان خصما فيه في وقت واذا كان الشفعاء ثلاثة فشهد اثنان منهم على أحدهم انه قد سلم الشفقة فان قال قد سلمناها معه فشهادتهما جائزة لخلوها عن التهمة فيها وان قال نحن نطلب فشهادتهما باطلة لانهما متهمان فيها وانما يدفعان بشهادتهما مزاحمة الثالث معهما

وان قالوا قد سلمناها معه ولابن أحدهما شفعة أولابنه أولمكاتبه أولزوجته فشهادتهما باطلة
لانه متهم في حق هؤلاء كما في حق نفسه وكما لا تقبل شهادته اذا زال بها المزاحمة عن نفسه
فكذلك لا تقبل اذا زال المزاحمة عن مكاتبه أو ابنه لانه يجر اليهما بشهادته منفعة والله أعلم

باب الشفعة بالعروض

قال رحمه الله (واذا اشترى دارا بعبد بعينه فللشفيع أن يأخذها بالشفعة بقيمة العبد
عندنا وقال أهل المدينة يأخذها بقيمة الدار) لان المبيع مضمون بنفسه أو بما يقابل به من المسمى
وقد تعذر هنا ايجاب المسمى في حق الشفيع لانه لا مثل له من جنسه فوجب المصير الى
الضمان الأصلي وهو قيمة نفسه ولأن دفع الضرر من الجانبين واجب وانما يدفع الضرر
عن المشتري بوصول قيمة ملكه اليه وملكه عند الاخذ رتبة الدار وحجتنا في ذلك أن
الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل اما أن يكون من حيث الصورة أو في معنى المالية
فاذا كان الثمن مما له مثل من جنسه يأخذه بمثله بصورة وان كان ممالا مثل له من جنسه يأخذه
بمثله في صفة المالية وهو القيمة كالفاصل عند تعذر رد العين برد المثل فيما له مثل والقيمة فيما
لا مثل له توضيحه انه ان أخذها من المشتري فقد صار متقدما عليه في ملكها بهذا السبب
وفي معنى التلف على المشتري ما غرم فانما يأخذها بما غرم من الثمن وان أخذها من البائع فقد
صار متلفا حقه فيما استوجب قبل المشتري من الثمن ولو أتلف ذلك حقيقة ضمن المثل فيما له
مثل والقيمة فيما لا مثل له فكذلك هنا فان مات العبد قبل أن يقبضه البائع انتقض الشراء
لقوات القبض المستحق بالعقد فان العبد موقوف عليه وقد هلك قبل التسليم وللشفيع أن يأخذها
 بقيمة العبد عندنا و(قال) زفر ليس له أن يأخذها بالشفعة لان العقد انتقض من الاصل بهلاك
العبد قبل التسليم فيكون بمنزلة مال انتقض من استحقاقه وهذا لانه لو كان العقد فاسدا في
الابتداء لم يجب فيها للشفيع الشفعة فكذلك اذا فسد بهلاك المعقود عليه قبل التسليم ولان المقصود
بالاخذ دفع ضرر الجار الحادث وقد اندفع ضرره حين بطل البيع وحجتنا في ذلك أن بدل الدار
في حق الشفيع قيمة العبد وهو قادر على أخذها به بعد هلاك العبد كما قبله وليس في هلاك
العبد الا انفساخ البيع بين البائع والمشتري وذلك لا يمنع بقاء حق الشفيع على ما بينا أنه يتمكن
من أخذها من البائع وأن يضمن ذلك فسخ البيع بينه وبين المشتري وهذا لان البيع مثبت

حق الشفيع وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع ألا ترى انهما لو تقابلا لا يبطل به حق الشفيع وهذا بخلاف الاستحقاق فانه يتبين به ان أصل البيع لم يكن صحيحا وان حقه لم يثبت وكذلك اذا تبين فساد البيع من أصله فاما ههنا بهلاك العبد لا يتبين ان حق الشفيع لم يكن ثابتا ولا يتعذر عليه الاخذ بما هو البديل في حقه وكذلك ان أبطل البائع البيع بعيب وجده بالعبد وان لم يكن شيء من ذلك وأخذ الشفيع الدار من البائع أخذها بقيمة العبد والعبد لصاحبه لا سبيل للبائع عليه لان العقد قد انفسخ بين البائع والمشتري بأخذ الشفيع من يد البائع فيبقى العبد على ملكه لان خروجه عن ملكه كان بحكم البيع ولان بدل الدار وهو قيمة العبد قد سلم للبائع من جهة الشفيع فلا يبطل حكمه في بدل آخر فانه لا يستوجب بدلين عن ملك واحد وان أخذها من المشتري بقيمة العبد بقضاء أو بغير قضاء ثم مات العبد قبل القبض أو دخله عيب فان القيمة للبائع وعلى قول زفران كان أخذها بقضاء القاضي فالدار ترد على البائع وقيمة العبد على الشفيع وان كان أخذها بغير قضاء فعلى المشتري قيمة الدار للبائع لان بموت العبد قبل القبض انفسخ العقد بين البائع والمشتري فبقيت الدار في يد المشتري بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه ردعها حين أخرجهما من ملكه باختياره فيلزمه قيمتها كالمشترأة شراء فاسدا ولما كنا نقول لمامات العبد قبل القبض وجب على المشتري رد الدار على البائع وقد تعذر ردها فيجب رد مثلها ومثلها بحكم العقد قيمة العبد يوضحه ان حق البائع بالعقد كان في العبد أو في قيمته بدليل أن الشفيع يأخذها من البائع بقيمته وقد قدر المشتري على تسليم القيمة التي هي حقه عند أخذ الشفيع فلا يلزمه شيء آخر وهذا لان دفع الضرر عن المشتري واجب وربما تكون الدار قيمتها عشرة آلاف وقيمة العبد ألف فانما سلم للمشتري مقدار ألف درهم فاذا لزمه للبائع عشرة آلاف كان عليه في ذلك من الضرر مالا يحفى وتسليمها بالشفعة الى الشفيع لا يكون بمنزلة البيع منه ألا ترى أنه فعل بدون القاضي غير ما يأمر به القاضي لو رفع الامر اليه فكما لا يجعل بيعا مبتدأ اذا أخذ ما كان واجبا له من الشفعة بقضاء القاضي فكذلك اذا أخذ بغير قضاء ولو استحق العبد بطلت الشفعة لان بالاستحقاق يتبين بطلان البيع من الاصل ويأخذ البائع الدار من الشفيع ان كان المشتري دفعها اليه بقضاء قاض وان كان دفعها بغير قضاء قاض فقضاء قاض بقيمة العبد وسماها وقبضها الشفيع فهذا بمنزلة البيع فيما بينهما وهي جائزة للشفيع بتلك القيمة لان بدل المستحق يملك بالقبض وتصرف المشتري

فيه باعتبار ملكه نافذ وقد بينا أن في الموضع الذي لا تكون الشفعة واجبة يحصل التسليم
بغير قضاء بمنزلة المبيع المتدا بخلاف ما تقدم فقد كانت الشفعة هناك واجبة حين أخذها
الشفيع فلهذا جعلنا القضاء وغير القضاء هناك سواء وفرقنا بينهما هنا ثم على المشتري للبائع
قيمة الدار لأنه لما استحق العبد وجب عليه رد ما قبض من الدار وقد تعذر ردها باخراج
اياها عن ملكه باختياره فيلزمه قيمتها وكذلك لو كان المشتري باع الدار ووهبها قبضها الموهوب
له أو تزوج عليها ثم استحق العبد ضمن قيمة الدار لأنه كان مالكا للدار حين التصرف فنفذ
تصرفه ثم لزمه رد عينها حين استحق العبد وقد تعذر عليه ذلك فيلزمه رد قيمتها وإذا اشترى
دارا بمرض بعينه وتقابضا فاختلف الشفيع والمشتري في قيمة المرض فإن كان قائما بعينه يقوم
في الحال فيتبين بقيمته في الحال قيمته عند العقد وإن كان هالكا فالقول فيها قول المشتري
لأنهما اختلفا في مقدار ما يلزم الشفيع من الثمن وإن أقاما البينة فعلي طريقة أبي يوسف عن أبي
حنيفة البينة بينة الشفيع لأنها ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة وعلى قياس طريقة محمد عن
أبي حنيفة البينة بينة المشتري في هذه المسئلة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن ما صدر من
المشتري ههنا اقراران وهذا نظير ما إذا اختلفا في قيمة انبناء الذي أحرقه المشتري وإن
اشتراما بشي مما يكال أو يوزن أخذها الشفيع بمثله من جنسه لأن الشفيع يأخذ بمثل الثمن
الأول وللمكيل والموزون مثل من جنسه كما في ضمان الاتلاف وإن اشترى دارا بعبد ثم
وجد بالعبد عيبا فرده أخذها الشفيع بقيمة العبد صحيحا لأن العبد دخل في العقد بصفة السلامة
وإنما يقوم في حق الشفيع على الوجه الذي صار مستحقا بالعقد ولو اشترى عبدا بدار فهذا
وشراء الدار بالعبد سواء لأن كل واحد منهما معقود عليه فلا فرق بين أن يضيف العقد
إلى العبد أو إلى الدار وإذا اشترى بناء دار على أن يملقه فلا شفعة فيه من قبل أنه لم يشترعه
الأرض والبناء بدون الأرض منقولا ولا يستحق المنقول بالشفعة وهذا لأن حق الشفيع
يثبت لدفع الضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك لا يتحقق في شراء البناء بدون
الأرض فإن اتصال أحد المالكين بالآخر لا يكون اتصال تأييد وقرار والدليل عليه أنه إنما
يستحق بالشفعة ما يستحق به الشفعة وبملك البناء بدون الأرض لا يستحق بالشفعة فاما من له
بناء على أرض موقوفة إذا بيعت دار بحسبه لا يستحق الشفعة فكذلك لا يستحق البناء بالشفعة
الاتبعا للأرض وكذلك لو اشترى نصيب البائع من البناء وهو النصف فلا شفعة في هذا

والبيع فيه فاسد لانه يريد أن يتقضه والشريك يتضرر به فان قسمته لا تتأني ما لم ينقض الكل وفيه من الضرر على الشريك ما لا يخفى وكذلك لو كان البناء كله لانسان فباع نصفه لانه لا يقدر على التسليم الا بضرر يلحقه فيما ليس بمبيع وذلك مفسد للبيع كما لو باع جذعا في سقف واذا أراد أن يشتري دارا بخادم نخاف عليها الشفيع وقيمة الخادم ألف درهم فباع الخادم بالفين من رب الدار ثم اشترى الدار بالالفين لم يأخذها الشفيع إلا بالالفين لان المشتري يملك الدار بالفين فبذلك يأخذها الشفيع ان شاء (وهذا نوع حيلة) لتقليل رغبة الشفيع في الاخذ لسبب كثرة الثمن ومن ذلك أن يشتري الدار بالفين ثم يعطيه بها خمسين دينارا أو يعطيه ألف درهم وثوبا لا يساوي الالف فلا يتمكن الشفيع من أخذها الا بالفين وقل ما يرغب في ذلك اذا كان ثمنها ألف درهم ومن هذا النوع يحتال لتقليل رغبة الجار بان تباع عشر الدار أولا بتسعة اعشار الثمن ثم تسعة اعشارها بعشر الثمن فلا يرغب الجار في أخذ العشر لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقي لان المشتري صار شريكا والشريك مقدم على الجار ومن الحيلة لا بطلان حقه أن يتصدق البائع بقطعة من الدار صغيرة وطريقها الى باب الدار عليه فيسأله اليه ثم يشتري منه بقية الدار فلا شفعة للجار لان المشتري شريك في الطريق وهو مقدم على الجار أو يهب منه قدر ذراع من الجانب الذي هو متصل بملك الجار ثم يبيع ما بقي منه فلا يجب للجار شفعة لان ملكه لا يلازق المبيع أو يوكل الشفيع ببيعها فاذا باعها لم يكن له فيها شفعة أو يبيعها بشرط الخيار ثلاثة أيام للشفيع فلا شفعة له قبل اسقاط الخيار واذا سقط الخيار بطلت شفيعته أو يبيعها بشرط أن يضمن الشفيع الدرك فاذا ضمن بطلت شفيعته أو يقول المشتري للشفيع أنا أبيعها منك بأقل من هذا الثمن فاذا رضى بذلك وسأومه بطلت شفيعته والاشتغال بهذه الحيل لا بطلان حق الشفيع لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما كان قصده الدفع عن ملك نفسه وقيل هذا قول أبي يوسف فاما عند محمد بكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط البراء وللبيع من وجوب الزكاة وقد بينا ذلك في البيوع والزكاة وان اشترى دارا بعبد فاستحقه مستحق وأجاز الشراء كان للشفيع الشفعة لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء ولو وجد العبد حرا فلا شفعة فيها لان البيع كان باطلا والحرة ليس بمال متقوم والبيع مبادلة مال بمال فانعدام المال في أحد البديلين يمنع

انقاد المقعد واذا اشترى دارا بدار ولكل واحدة منهما شفع فلعل شفع أن يأخذ الدار بقيمة الاخرى لانه لا مثل للدار من جنسها فيكون الواجب على كل شفع بمقابلة ما يأخذ قيمة الدار الاخرى فان كان أحد الرجلين شفعيا أيضا يعني أحد المشتريين أخذ الشفع نصف الدار بنصف القيمة لان اقدمه على الشراء لا يسقط شفعه بل ذلك منه بمنزلة الاخذ بالشفعة فلا يكون للشفيع الاخر أن يأخذ منه إلا بمقدار حصته واذا اشترى بيتا من دار علوه لا آخر وطريق البيت الذي اشترى في دار أخرى فانما الشفعة للذي في داره الطريق لانه شريك في البقعة بالطريق والشريك مقدم على الجار وصاحب العلو انما له الشفعة بالجوار فان سلم صاحب الدار حينئذ لصاحب العلو الشفعة بالجوار وعن أبي يوسف في الامالي ان هذا استحسان وفي القياس لاشفعة لصاحب العلو وكذلك اذا بيع العلو فلا شفعة لصاحب السفلى في القياس ولا لصاحب علو آخر يجنبه لان العلو بناء وقد بينا ان البناء لا يستحق بالشفعة اذا لم يكن معه أرض والأرض وسقف السفلى كله لصاحب السفلى ووجه الاستحسان ان لصاحب العلو حق قرار البناء وبه يستحق اتصال أحد المالكين بالآخر على وجه التأييد والقرار فكانا بمنزلة جارين بخلاف ملك البناء على الارض الموقوفة فان الاتصال هناك غير متأيد الا ترى ان عند انقضاء مدة الاجارة يؤمر برفع البناء وهنا ليس لصاحب السفلى أن يكاف صاحب العلو رفع البناء بحال واتصال أحد المالكين بالآخر بهذه الصفة ثبت للشفيع الشفعة والله أعلم

باب الشفعة في الارضين والانهار

(قال رحمه الله والشريك في الارض أحق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل أحق بالشفعة من الشريك في الطريق) لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لان شفعة الا لشريك لم يقاسم يعني عند وجوده لاشفعة إلا له ثم الشرب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث في استحقاق الشفعة بالشريك في الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحدا فكذلك يستحق بالشركة في الشرب والشريك في الشرب أحق بالشفعة من الجار كالشريك في الطريق قال والشركاء في النهر الصغير كل من له شرب أحق من الجار الملاصق وان كان نهرا كبيرا تجري فيه السفن فالجار أحق لان هؤلاء ليسوا شركاء في الشرب معنى هذا القول أن الشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق ففي

النهر الصغير الشركة خاصة بمنزلة شركة غير نافذة وفي النهر الكبير الشركة عامة بمنزلة الطريق النافذ لا يستحق الشفعة باعتباره والمروي عن أبي يوسف في حد النهر الصغير أن يستقي منه قراحين أو ثلاثة فإن جاوز ذلك فهو النهر الكبير والمذهب عند أبي حنيفة ومحمد أن النهر الكبير بمنزلة الدجلة والفرات تجري فيه السفن وكل ماء يجري فيه السفن من الأنهار في معنى ذلك وما لا يجري فيه السفن فهو في حكم النهر الصغير حتى روى ابن سماعة عن محمد أن الشركاء في النهر وإن كانوا مائة أو أكثر فإن كان بحيث لا تجري فيه السفن يستحق الشفعة باعتباره ومنهم من يقدر بعدد الأربعين أو بعدد الخمسين ولا معنى للمصير فيه إلى التقدير من حيث العدد لأن المقادير بالرأى لا تستدرك وليس في ذلك نص فالمعتبر ما قلنا أن يكون بحيث تجري فيه السفن وإذا زرع المشتري الأرض ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة ويقطع الزرع في القياس لأنه زرع في أرض غيره فهو أحق بهامنه فهو كالغاصب إذا زرع الأرض المنصوبة ولأن المشتري كما لا يتمكن من إبطال حق الشفيع لا يتمكن من تأخير حقه لأن التأخير من وجه إبطال وفي الاستحسان لا يأخذها بالشفعة حتى يحصد الزرع ثم يأخذها لأن المشتري زرع في ملك نفسه وما كان يتيقن بأن الشفيع يطلب الشفعة قبل إدراك زرعه فلا يكون متعديا فيما صنع بخلاف الغاصب ولأن لا إدراك الزرع نهاية معلومة فلواتظار ذلك لم يبطل حق الشفيع وإن تأخر قليلا وإذا قلع زرع المشتري تضرر بإبطال ملكه ومالته وضرر التأخير دون ضرر الإبطال فإن كان غرس فيها كرما أو شجرا أو رطبة فله أن يقطع ذلك ويأخذ الأرض لأنه ليس لفراغ الأرض منها نهاية معلومة وقد بينا في البناء نظيره يوضحه أنه قد يتأخر حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري حتى إذا طلب الشفعة تأخر التسليم إليه إلى احضار الثمن فيجوز أن يتأخر أيضا للدفع عن المشتري في زرعه ولكن لا يجوز إبطال حق الشفيع لدفع الضرر عن المشتري وفي التأخير لا إلى غاية معلومة إبطال وإذا اشترى نخلا ليقطعه فلا شفعة فيه وكذلك إذا اشتراه مطلقا لأن الأرض لا تدخل في هذا الشراء والنخل بدون الأرض كالبناء لا يستحق بالشفعة فإن اشتراها بأصولها ومواضعها من الأرض ففيها الشفعة لأنها تابعة للأرض في هذا الحال وكذلك إن اشترى زراعا أو رطبة ليجزها لم يكن في ذلك شفعة وإن اشتراها مع الأرض وجبت الشفعة في الكل استحسانا وفي القياس لا شفعة في الزرع لأنه ليس من حقوق الأرض وتوابعها ولهذا لا يدخل في البيع إلا بالذكر فهو كالمتاع

الموضوع في الارض لا يستحق بالشفعة وان اشترى مع الارض ووجه الاستحسان أن الزرع متصل بالارض ما لم يحصد وما كان من المنقول متصلا بالعقار يستحق بالشفعة تبعا كالأبواب والشرب المركبة بوضعه أن الشفيع يقدم على المشتري شرعا وقبل الحصاد يمكنه أخذ الكل من الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري بخلاف ما إذا لم يحصد حتى حصد الزرع لأنه لا يمكنه أخذ الزرع بعد الحصاد على الوجه الذي أوجبه العقد للمشتري فلو أخذه كان أخذا للمنقول بالشفعة مقصودا وذلك ممتنع وإذا اشترى أرضا فيها نخل ليس فيها ثمر فأنثرت في يده فاكلها سنين ثم جاء الشفيع فله أن يأخذها بالشفعة بجميع الثمن ان شاء وكان أبو يوسف يقول أولا يحط من الثمن حصة ما أكل المشتري من الثمر لان حال المشتري مع الشفيع كحال البائع مع المشتري قبل التسليم اليه ولو أكل البائع الثمار الحادثة بعد العقد يحط عن المشتري حصتها من الثمن كما يحط حصة الثمرة الموجودة عند العقد فكذلك في حق الشفيع بوضعه أن تناول الثمار الحادثة تمنع المشتري من بيعها مرابحة حتى يبين وهي في ذلك كالثمار الموجودة فكذلك في حق الشفيع فلما وجه ظاهر الرواية وهو الذي رجع اليه أبو يوسف أن المشتري يملك الارض والنخل بجميع الثمن والشفيع انما يأخذها بمثل ما يملك به المشتري وهذا لان الحادث من الثمار بعد القبض لاحصة له من الثمن فانه لم يكن موجودا عند العقد ولا عند القبض وانقسام الثمن يكون باعتبارها ولو كانت قائمة في يد المشتري بعد الجذاذ لا يثبت حق الشفيع فيها فتناوله اياها لا يجمل لها حصة من الثمن أيضا بخلاف بيع المرابحة فالمتولد من العين هناك لو كان قائما في يد المشتري كان يضمه الى الاصل ويبيع الكل مرابحة فاذا تناول ذلك لم يكن له أن يبيعه مرابحة من غير بيان الا أن يكون أنفق عليه مثل ما أكل وقد بينا هذا في البيوع وهذا بخلاف الثمار الموجودة عند العقد اذا أخذها المشتري فللثمار الموجودة حصة من الثمن ولا حق للشفيع فيها بعد الجذاذ فيطرح عن الشفيع حصتها من الثمن ألا ترى أن الثمار الموجودة عند العقد لو بلغت عنده من غير صنع أحد سقطت عن المشتري حصتها من الثمن بخلاف الثمار الحادثة فكذلك في حق الشفيع وان حضر الشفيع قبل أن يجزها المشتري أخذها مع الاشجار بجميع الثمن استحسانا وهذا الزرع سواء وبمد الجذاذ هنا والحصاد في الزرع عند أبي يوسف يقسم الثمن على قيمة الارض وعلى قيمة الثمار والزرع وقت العقد لان انقسام الثمن عليهما بالعقد فتعتبر القيمة عند ذلك وعند محمد تقوم الارض مزروعة وغير مزروعة

والاشجار مثمرة وغير مثمرة فربما لا يكون للزرع والتمر في ذلك الوقت قيمة الا شيئا يسيرا
فلو اعتبرنا قيمته محصودا تضرر به الشفيع فلدفع الضرر قال انهم التمن على قيمة الارض
مزروعة وغير مزروعة فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض يأخذها الشفيع بذلك
واذا اشترى أرضا فيها اشجار صغار فكبرت فائمرت أو كان فيها زرع فادرك فلا شفيع أن يأخذ
جميع ذلك بالتمن لان حقه ثبت فيها بطريق الاتصال بالارض والشجر يبيع ما بقي الاتصال واذا
اشترى بيتا ورحاما فيه ونهرا ومتاعا فلا شفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس
بمركب في البناء لان ما كان مركبا متصل بالارض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعا ألا
تري أن الحمام يباع وبأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء فكذلك الرحا واستحقاق الشفعة في
الحمام والرحا قولنا فاما عند الشافعي ما لا يحتمل القسمة لا يستحق الشفعة لان من أصله أن
الاخذ بالشفعة لدفع ضرر مؤنة المقاسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا لدفع
ضرر البادي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال أحد
الملكين بالآخر على وجه التأييد والقرار وحجتنا في ذلك ما روينا من حديث جابر رضى الله
عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الشفعة في كل شيء ربع أو حائط ولان الحمام لو كان مهدوما
فباع أحد الشريكين نصيبه كان للشريك الشفعة وما يستحق بالشفعة مهدوما يستحق بالشفعة
مثبتا كالشفقة من الدار وبهذا يتبين أن مؤنة المقاسمة ان كانت لاتلحقه في الحال فقد تلحقه
في الثاني وهو ما بعد الانهدام اذا طلب أحدهما قسمة الارض بينهما ولو اشترى أجرة فيها
قصب وسمك يؤخذ بغير صيد أخذ الاجرة والقصب بالشفعة ولم يأخذ السمك لان القصب
متصل بالارض فاما السمك فلا اتصال له بالارض بل هو كالمناخ الموضوع في الدار والارض
فلا يستحق بالشفعة واذا اشترى عينا أو نهرا أو بثرا بأصلها فلا شفيع فيها الشفعة لاتصال
ملكه بالمبيع على وجه التأييد وكذلك ان كانت عين قير أو نفط أو موضع ملح أخذ جميع
ذلك بالشفعة لوجود الاتصال معنى فانه يبيع من ذلك الموضع بمنزلة ما يتولد منه بخلاف
السمك الا أن يكون المشتري قد حمل ذلك من موضعه فلا يأخذ ما حمل منه بمنزلة الزرع
والتمر بعد الحصاد والجذاذ وان اشترى شربا من نهري بغير أرض ولا أصل من نهري فلا شفعة
فيه لان بيع الشرب فاسد فانه من حقوق المبيع بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالبيع ثم هو مجهول
في نفسه غير مقدور التسليم لان البائع لا يدري أي مجرى الماء أم لا وليس في وسعه اجراؤه

(قال وكان شيخنا الامام يحكى عن أستاذه انه كان يفتى بجواز بيع الشرب بدون الارض ويقول فيه عرف ظاهر في ديارنا بنسف فانهم يبيعون الماء) فللعرف الظاهر كان يفتى بجوازه ولكن العرف انما يعتبر فيما لا نص بخلافه والنهي عن بيع القرر نص بخلاف هذا العرف فلا يعتبر واذا اشترى الرجل أرضا فله ما فيها من نخل أو شجر لانها بمنزلة البناء متصلة بالارض للقرار وليس له ما فيها من زرع أو ثمر لان الاتصال فيها ليس للتأييد والقرار بل للدراك فهو اتصال يعرض الفصل فيكون بمعنى المتاع الموضوع فيها لا تدخل في البيع الا بالذکر والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم من اشترى أرضا فيها نخل فالثمر للبائع إلا أن يشترط المتاع ولو اشترى الارض بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها فله الثمر والزرع وفي غير هذا الموضع يقول لا يدخل الثمر والزرع بهذا اللفظ وتأويل ما قال هناك اذا اشتراها بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها بحقوقها فمنع هذا التقييد لا تدخل الثمرة والزرع لهما ليسا من حقوقها وتأويل ما ذكر هنا أنه لم يقيد بقوله من حقوقها وعند الاطلاق يتناول لفظ الثمر والزرع لهما من القليل والكثير الذي هو فيها أو منها لانصاله في الحال والامتنعة الموضوعه تدخل بهذا اللفظ أيضا ان كان قال أو منها لانها من القليل أو الكثير الذي فيها وان كان قال ومنها لم تدخل لانها ليست من الارض وأما ما لا يدخل في البيع كالزوجة والولد للبائع اذا كان فيها في القياس يدخل ويفسد البيع وفي الاستحسان لا يدخل لعلنا أنهما لم يقصدا ذلك واذا اشتراها بكل حق هو لها بمرافقتها لم يدخل فيها الثمر والزرع لانهما ليسا من حقوق الارض ومرافقتها فاعلم ان يطلق هذا اللفظ على ما به يتأتى الانتفاع بالارض كالشرب والطريق الخاص في ملك إنسان فذلك الذي يدخل في الشراء عند ذكر هذا اللفظ والثمر والزرع ليسا من هذا في شيء فلا يدخل بذکر الحقوق والمرافق واذا اشترى دارا فله البناء سواء اشترط كل حق هو لها أو لم يشترط وهذه ثلاثة فصول الدار والمنزل والبيت فاذا عقد العقد باسم الدار يدخل فيه العلو والسفل والكيف والشاع وان لم يقل بكل حق هو له لان الدار هو اسم لما أدير عليه الحائط والعلو والسفل مما أدير عليه الحائط ولا يدخل الطريق الخاص في ملك إنسان الا أن يقول بكل حق هو لها لان الطريق خارج مما أدير عليه الحائط ويكون من حقوق الدار فالانتفاع بالدار يتأتى به فانما يدخل عند ذكر الحقوق والمرافق فأما الظلة التي على ظهر الطريق عليها منزل الى الدار لا يدخل عند أبي حنيفة إلا أن يشترط الحقوق والمرافق فينثني تدخل اذا كان مفتحا الى الدار وعند

أبي يوسف ومحمد تدخل اذا كان مفتحا الى الدار وان لم يشترط الحقوق والمرافق لانها من بناء الدار بمنزلة العلو والكنيف والشارع وأبو حنيفة يقول هي خارجة مما أدير عليه الحائط ولكنها من مرافق الدار اذا كان مفتحا الى الدار فانما تدخل بذكر الحقوق والمرافق والطريق الخاص وهذا لان أحد جانبي الظلة على حائط الجار المحاذي والجانب الآخر على بناء الدار وكانت من جملة الدار من وجه دون وجه فلا تدخل عند اطلاق اسم الدار بخلاف كنيف الشارع فانه متصل ببناء الدار لا اتصال له بشيء آخر فيكون داخلا فيما أدير عليه الحائط من البناء وان كان اشترى بيتا وعليه علو لم يدخل العلو في البيت سواء ذكر الحقوق والمرافق أو لم يذكر مالم ينص على العلو لان البيت اسم لما يبات فيه والعلو في هذا كالسفل وكان نظير بيتين أحدهما بجانب الآخر وهذا لان الشيء لا يكون من حقوق مثله فاما اذا اشترى منزلا لم يكن له علوه إلا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه فيدخل العلو فيه لان العلو من حقوق المنزل فيدخل عند ذكر الحقوق والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ ليسكنها الرجل بعياله والدار اسم لما يشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكان المنزل فوق البيت ودون الدار فلكونه فوق البيت قلنا يدخل العلو عند ذكر الحقوق والمرافق ولكونه دون الدار قلنا لا يدخل العلو فيه اذا لم يذكر الحقوق والمرافق ومشتري المنزل من الدار وان ذكر الحقوق والمرافق لاحق له في الدار إلا الطريق ومسيل الماء فان ذلك من حقوق المنزل فاما المخرج والمربط والمطبخ وبئر الماء فلا حق له فيها إلا أن يسمى شيئا من ذلك لان ذلك من حقوق الدار ومرافقها ليس من حقوق المنزل فالانتفاع بالمنزل يتأتى بدونه بخلاف الطريق والمسيل وفي شراء الدار اذا كان لها طريقان أحدهما في السكة والآخر في دار فان اشترط الحقوق والمرافق استحق ذلك كله وان لم يشترط لم يستحق الطريق الذي في الدار الأخرى لان ذلك خارج مما أدير عليه الحائط والقرية مثل الدار وان كان في الدار أو في القرية باب موضوع أو خشب أو آجر أو حص لم يدخل ذلك في البيع بذكر الحقوق والمرافق وان اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها أو اشترط كل حق هو لها لان الانتفاع يتأتى بدون هذه الاشياء وهي بمنزلة متاع موضوع فيها واذا اشترى الرجل أرضا فاستأجرها الشفيع منه أو أخذها مزارعة أو كان فيها نخيل فأخذها معاملة بعد علمه بالشراء أو ساوم بها فقد بطلت شفيعته لان إقدامه على

هذه التصرفات دليل الرضا بتقرر ملك المشتري فيها ودليل الرضا كصرح الرضا والاستيلاء دليل ابطال حق الشفعة لانه طلب التملك منه بسبب يباشره باختياره ابتداء وذلك يتضمن تقررره على مباشرة هذا السبب فيكون اسقاطا للشفعة دلالة واذا اشترى نخلا ليقطعه ثم اشترى بعد ذلك الارض وترك النخيل فيها فلا شفعة للشفيع في النخيل لانها كانت مقصودة بالعقد وهي من التقلبات لا تستحق بالشفعة وكذلك لو اشترى النمرة ليجزها والبناء لهدمه ثم اشترى الارض لم يكن للشفيع الشفعة الا في الارض خاصة لان استحقاق البناء بالشفعة لمعنى التبعية للأرض وذلك لا يتحقق اذا ملكه بسبب غير السبب الذي ملك الارض به واذا اشترى قرية فيها بيوت ونخيل وأشجار ثم باع المشتري شجرها ونخلها ليقطع ثم جاء الشفيع وقد نزع بعضها فله أن يأخذ الارض وما لم يقطع من الشجر بحصته من الثمن وليس له أن يأخذ ما قطع من ذلك وللشافعي قول أن حق الشفيع متى كان ثابتا في البناء والشجر فله أن يأخذ ذلك بعد القطع والهدم اعتبارا للحق بالملك فكما لا يطل ملك المالك بالقطع فكذلك حق الشفيع ولكننا نقول ثبوت حقه في الاخذ كان لمعنى الاتصال بالارض فاذا زال ذلك قبل الاخذ لا يكون له فيه حق الاخذ كما لو زال جوازه ولكن يطرح حصته من الثمن عن الشفيع لأنه صار مقصودا بالحبس والتناول فيكون له حصته من الثمن يطرح عن الشفيع واذا اشترى الرجل نهرا باصله ولرجل أرض في أعلاه الى جنبه ولا آخر أرض في أسفله الى جنبه فلهما جميعا الشفعة في جميع النهر من أعلاه الى أسفله لان ملك كل واحد منهما متصل بالمبيع اتصال تأييد وقرار فلكل واحد منهما الشفعة بالجوار وكذلك القناة والعين والبئر فهي من العقارات يستحق فيها الشفعة بالجوار وكذلك القناة يكون مفتوحا في أرض ويظهر ماؤها في أرض أخرى فغير انها من مفتوحها الى مصبها شركاء في الشفعة لاتصال ملك كل واحد منهما بالمبيع وبالاتصال في جانب واحد يتحقق الجوار وصاحب النصيب في النهر أولى بالشفعة ممن يجري النهر في أرضه لانه جار باتصال أرضه بالنهر والشريك في المبيع مقدم على الجار واذا كان نهر أعلاه لرجل وأسفله لآخر ومجره في أرض رجل آخر فاشترى رجل نصيب صاحب اعلا النهر فطلب صاحب النهر وصاحب الارض وصاحب أسفل النهر الشفعة فالشفعة لهم جميعا بالجوار لانهم استووا في سبب الاستحقاق فلكل واحد منهم متصل بالمبيع الا أن اتصال صاحب الاسفل بمقدار عرض النهر واتصال صاحب الارض بمقدار طول النهر من

أرضه ولو عبرة بزيادة الجوار كما لا عبرة بزيادة الشركة وليس لصاحب مسيل الماء حق لمسيل الماء يعني أن صاحب أسفل النهر له في المبيع حق سيل الماء فالم يسيل الماء في أعلا النهر لا ينتهي اليه ولكن لا يصير به شريكاً لرغبة النهر ولا في حقوقه وإنما يرجع على الجار الشريك في نفس المبيع أو في حقوقه وكذلك لو اشترى رجل نصيب صاحب أسفل النهر فالشفعة لصاحب الاعلا بالجوار لاتصال ملكه بالمبيع وكذلك لو كانت قناة مفتوحة بين رجلين الى ما كان معلوم وأسفل من ذلك لاحدهما فباع صاحب الاسفل ذلك الأسفل فالشريك والجيران فيه سواء لان بالشركة في أعلا القناة لا يكون شريكاً في المبيع فان المبيع أسفل القناة وذلك كان ملكاً خالصاً للبائع فلهذا كان شريكه في اعلا القناة والجيران في الشفعة سواء واذا كان نهر لرجل فطلب اليه رجل ليكرى منه النهر الى أرضه ثم يبيع النهر الاول ومجره في أرض رجل آخر فصاحب الارض أولى بالشفعة لان الآخر مستعير ولا حق للمستعير في الشفعة اذ لا ملك له متصل بالمبيع على وجه التأييد والقرار واذا كان نهر لرجل في أرض لرجل عليه رحاء في بيت فباع صاحب النهر النهر أو الرحاء والبيت فطلب صاحب الارض الشفعة في ذلك كله فله الشفعة لاتصال ملكه بالمبيع وان كان بين أرضه وبين موضع الرحاء أرض لرجل آخر وكان جانب النهر الآخر لرجل آخر فطلب الشفعة فلهما أن يأخذ ذلك بالشفعة لانهما سواء في الجوار من النهر وان كان بعضهم أقرب الى الرحاء لان الرحاء لاتستقيم الا بالنهر فهو الآن شئ واحد ألا ترى أن موضع الرحاء لو كان أرضاً لها في ذلك النهر شرب فيمت كان الشركاء في الشرب سواء في الشفعة ولا يكون أقربهم اليها أولى بالشفعة وهذا اشارة الى أن باعتبار ملك الرحاء تثبت الشركة في الشرب لان الانتفاع بالرحاء لا يتأتى الا بالماء كما لا يتأتى في الانتفاع بالارض الا بالماء واذا كان نهر لرجل خالصاً له عليه أرض ولا آخر عليه أراضى ولا شرب لهم فيه فباع رب الارض النهر خاصة فهم شركاء في الشفعة فيه لا يصال ملكهم بالمبيع وان باع الارض خاصة دون النهر فالملازق للارض أولاً بالشفعة لانه لا شركة بينهم في النهر والمبيع الارض وهم جيران المبيع يعني من يلازق أرضه الارض المبيعة فالشفعة للجار الملازق خاصة وان باع النهر والارض جميعاً كانوا شفعاء في النهر لاتصال ملك كل واحد منهم بالنهر وكان الذي هو ملازق الارض أولاً بالشفعة في الارض لاتصال ملكه بالارض بمنزلة طريق في دار لرجل فباع الطريق

والطريق خالص له فجاء الطريق أولى به من جار الأرض دون الطريق وهذان بمنزلة دارين
ليميز أحدهما عن الآخر لأن جوار هذا غير جوار هذا ولو كان شريكاً في الطريق أخذ
شفعته من الدار لأن الشريك مقدم على الجار فكذلك إن كان شريكاً في النهر أخذ بحصته
من الأرض وكان أحق بهما جميعاً من جيران الأرض والطريق والنهر سواء في كل شيء
وقد بينا ذلك في أول الباب والله أعلم

باب الشفعة في الهبة

(قال رحمه الله أعلم بأن الموهوب لا يستحق الشفعة إلا على قول ابن أبي ليلى) فإنه يقول
يستحق بالشفعة إذا كان مما لا يقسم ويأخذه الشفيع بقيمة نفسه إن لم يعوض الموهوب له
الواهب وإن عوضه فبقيمة العوض وكذلك إذا عوض الغير من هبته شقصاً من غير شرط
وفي استحقاقه بالشفعة خلاف على ما بينا هو يقول ثبوت حق الشفعة لحاجته إلى دفع ضرر
البادي بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب له الشفعة
حتى تجدد الملك للجار الحادث بأي سبب كان من هبة أو صدقة أو وصية إلا الميراث فالملك
لا يتجدد به وإنما يبقى الوارث ما كان ثابتاً للمورث ثم يدفع الضرر عن نفسه بالأخذ على وجه
لا يلحق الضرر بالمتملك فإن كان المتملك دفع بمقابلته عوضاً فله قيمة ذلك العوض وإن لم يدفع
بمقابلته عوضاً فله قيمة ما يأخذ لأن الضرر بذلك يندفع عنه ولكننا نقول حق الشفعة إنما
يثبت له إذا تمكن من الأخذ بمثل السبب الذي به يملك المتملك فاما إذا عجز عن ذلك لا
يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على أن يأخذ بمثل ذلك السبب لأن الموهوب
له يملكه بطريق التبرع وإنما يأخذها الشفيع بطريق المعاوضة فيكون هذا إن شاء سبب
آخر وبحق الشفعة لا تثبت هذه الولاية يوضحه أن الشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم
السبب الذي باشره وذلك يتأني في المعاوضات ولا يتأني في التبرع لأن الملك الذي يثبت
للشفيع لا يكون حكم التبرع ولأن الشفيع في المعاوضة كان أحق بالعرض عليه قبل البيع فإذا
لم يفعل ذلك البائع جعله الشرع أحق بالأخذ ليندفع الضرر عنه وهذا لا يوجد في التبرع
فإن من أراد أن يهب ملكه من إنسان فليس عليه أن يعرض يبعه أولاً على جاره ولا أن
يهبه من جاره فلهذا لا يستحق الشفعة بهذا السبب فإن وهب لرجل داراً على أن يهبه الآخر

ألف درهم شرطاً فلا شفعة للشفيع فيه ما لم يتقابضاً وبمض التقابض يجب للشفيع فيه الشفعة وعلى قول زفر تجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما ينشأ في كتاب الهبة إن الهبة بشرط العوض عنده يبيع ابتداء وانتهاء وعندنا ابتداء وهو بمنزلة البيع إذا اتصل به القبض من الجانبين فاما الوصية على هذا الشرط إذا قبل الموصى له ثم مات الموصى فهو يبيع لازم له وإن لم يقبض لأن الملك في الوصية بعد القبول يحصل بالموت ألا ترى أنه لو كان بغير شرط العوض يملك قبل القبض فكذلك إذا كان بشرط العوض فهو على وجهين إن قال قد أوصيت بداري يبعاً لفلان بألف درهم ومات الموصى فقال الموصى له قد قبلت فللشفيع الشفعة وإن قال أوصيت له بأن يوهب له على عوض ألف درهم فهذا وما لو باشر الهبة بنفسه بشرط العوض سواء في الحكم وإن وهب نصيباً من دار مسمى بشرط العوض وتقابضاً لم يجز ولم يكن فيه الشفعة عندنا لأنه ابتداء والشفيع فيها يحتمل القسمة يمنع صحته وتأثير الشيوع كتأثير عدم القبض فيه وكذلك إن كان الشيوع في العوض فيما يقسم وإن وهب دار الرجل على أن يراه من دين له عليه ولم يسمه وقبض كاللشفيع فيها الشفعة لأن المديون قابض للدين بدینه فقبض الدار تتم المعاوضة بينهما فيجب للشفيع فيها الشفعة والقول في مقدار العوض قول الذي عوض لأن الشفيع يملك الدار عليه وقد بينا أن القول في مقدار الثمن قوله وكذلك لو وهبها بشرط الإبراء مما يدعي في هذه الدار الأخرى وقبضها فهو مثل ذلك في الاستحقاق بالشفعة لأن التملك فيها تم بجهة المعاوضة وإذا وهب الرجل دار ابنه الصغير لرجل على عوض مثل قيمتها وتقابضاً فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد وفي قول أبي يوسف الآخر لا يجوز ولا شفعة فيها وكذلك الوصى والعبد والمأذون والمكاتب والمضارب في قول أبي يوسف الأول كل من يملك البيع يملك الهبة بشرط العوض إذا لم يكن فيه محاباة وهو قول محمد وفي قوله الآخر كل من لا تجوز هبته بغير عوض لا تجوز هبته بشرط العوض وجه قوله الأول أن هذا تملك مال بمال يعادله شرطاً فيصح من الأب والوصى كما لو كان بلفظ البيع أو بلفظ التملك وتحقيقه أن حق الصبي في المال لافي اللفظ وتصرف الأب والوصى مقيد شرعاً بالاحسن والأصلح لليتيم وذلك في أن يتوفر عليه المالية لافي لفظ المعاوضة ألا ترى أن البيع منهما لما لم يجز بالتعاطي من غير لفظ فإذا أسقط اعتبار اللفظ قلنا توفير المالية عليه في الهبة بشرط العوض كما في البيع بل

أظهر لان في الهبة بشرط العوض لا يزول المال عن ملكه ما لم يصل العوض الى يد ثانية وبالبيع تزول العين عن ملكه قبل وصول العوض اليه وبهذا التحقيق يظهر أن الهبة بشرط العوض من الاب والوصى بمنزلة الكتابة وهما ملكان الكتابة في غير الصبي بخلاف العتق على مال فالملك هنا يزول بنفس القبول والبدل في ذمة مفلسه لا يدري أيصل اليه أم لا بمنزلة التأدي وجه قوله الآخر أن الهبة عقد تبرع وليس للاب ولو صي ولاية التبرع في مال اليتيم فباشترط العوض لا تثبت له هذه الولاية كالمعتق فانه لو اعتق عبده بمال هو أضعاف قيمته وتبرع انسان بادائه لم يجز وبه يبطل ما اعتبر محمد من توفير المالية عليه وتحقيق هذا الكلا أنه لما لم يكن من أهل التبرع وهذا العقد تبرع باعتبار أصله فهو عقد صدر من غير أهله وكما يلغوا السبب اذا حصل في غير محله فكذلك اذا صدر من غير أهله وحكم المعاوضة يبنى على صحة السبب عند اتصال القبض به من الجانبين فاذا لم يصح أصل السبب لما قلنا لا ينقلب بالتقايض بيعا صحيحا ألا ترى أنه لو حصل ذلك في مشاع يحتمل القسمة لا يصير بيعا صحيحا بالتقايض فكذلك اذا حصل ممن لا يمكن الهبة بغير عوض لا يصير بيعا صحيحا بالتقايض فلا تجب فيه الشفعة والله أعلم

باب الخيار في الشفعة

(قال رحمه الله واذا كان المشتري شرط الخيار لنفسه ثلاثا في الشراء فللشفيع الشفعة) أما عند أبي يوسف ومحمد لانه صار مالكا للدار وعندهما خيار الشرط كخيار الرؤية والميب للمشتري فلا يمنع وجوب الشفعة وعند أبي حنيفة المشتري ان لم يملك الدار بشرط الخيار فقد خرجت الدار من ملك البائع وانقطع حقه عنها لكون البيع باقى في جانبه ووجوب الشفعة تعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري يجب للشفيع فيه الشفعة ولان المشتري صار أحق بالتصرف فيها فباعباراه يتحقق الضرر المحوج للشفيع الى الدفع عن نفسه واذا اشترى المرتد دارا فللشفيع فيها الشفعة ان قبل على الردة أو أسلم في قول أبي يوسف ومحمد لان الشراء من المرتد صحيح عندهما وعند أبي حنيفة لان البيع قد تم في جانب البائع وصار المشتري أحق بها لو أسلم فكان للشفيع حق الشفعة وهو بمنزلة خيار ثابت للمشتري ولو كان المشتري بالخيار أبدا لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان البيع فاسد وفي البيع الفاسد حق البائع في الاسترداد ثابت وما لم ينقطع حق

البائع في الاسترداد لا يجب للشفيع الشفعة فان أبطل المشتري خياره وأوجب البيع قبل مضي الايام الثلاثة وجبت الشفعة لزوال المفسد قبل تقررره وكذلك عندهما بعد مضي الايام الثلاثة لان العقد عندهما ينقلب صحيحا متى أسقط خياره وهذا اذا شرط الخيار أبدا فان كان شرط الخيار شهرا فعندهما هذا البيع صحيح لازم وللشفيع حق الأخذ بالشفعة وقد بينا المسئلة في البيوع وان كان الخيار ثلاثة فأخذها الشفيع من البائع في الثلاثة فقد وجب البيع وليس للشفيع من الخيار ما كان للمشتري لان خيار الشرط كاسمه لا يثبت إلا لمن شرط له والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع فبقاء ملكه أولى فان بيعت دار الى جنبها للبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عندهما في هذا البيع للبائع واذا أخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين أخذ المبيعة بالشفعة باعتباره فإقدام البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضا للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضا لكان اذا أجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له وان كان الخيار للمشتري فبيعت دار بجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار أحق بها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة له كالأذن والمكاتب اذا بيعت دار بجنب داره وكان البلخي يدعي بهذا الفصل المناقضة على أبي حنيفة فيقول انه اذا كان من أصله أنه لا يملك المبيع في مدة خياره واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحق المستأجر والمستعير فكيف تثبت للمشتري الشفعة في هذه الدار ولكن عذره ما بينا فاذا أخذها بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرر ملكه فيها وهذا يؤيد كلام البلخي فانه لو لم يكن الملك معتبرا في استحقاق الشفعة لما صار مخيرا للبيع بأخذها بالشفعة ولكننا نقول لو لم يسقط خياره بذلك لما كان اذا فسخ البيع انعدم السبب في حقه من الأصل فتبين أنه أخذها بالشفعة من غير حق له فلا تخرج عن ذلك جعلناه مخيرا للبيع فاذا جاء الشفيع وأخذ منه الدار الأولى بالشفعة لم يكن له على الثانية سبيل لانه انما يملكها الآن فلا يصير بها جار للدار الأخرى من وقت العقد إلا أن يكون له دار الى جنبها والدان الثانية سالمة للمشتري لان أخذ الشفيع من يده لا ينفي ملكه من الأصل ولهذا كانت عهدة الشفيع عليه فلا يتبين

به انعدام السبب في حقه من الأصل حين أخذ بالشفعة وإذا اشترى دارا بعبد واشترط
الخيار ثلاثا لمشتري الدار فللشفيع فيها الشفعة فإن أخذها من يد مشتريها فقد وجب البيع
له لأنه عجز عن ردها وذلك موجب له البيع فيها فإن سلم المشتري البيع وأبطل خياره سلم
العبد للبائع فإن أبي أن يسلم البيع أخذ عبده ودفع قيمة العبد الذي أخذها من الشفيع إلى
البائع ولا يكون أخذ الشفيع الدار بالشفعة اختياراً من المشتري للبيع واسقاطا لخياره في العبد
بخلاف ما إذا باعها المشتري فذلك اختيار منه لأن البيع تصرف بينته واختياره فيكون دليل
الرضا به واسقاط خياره فاما أخذ الشفيع من يده يكون بغير رضاه واختياره وإنما يأخذها
الشفيع بحق ثبت له قبل قبض المشتري ألا ترى أنه كان له حق الأخذ من البائع فلا
يكون ذلك اختياراً من المشتري وهذا بخلاف ما لو حدث بها عيب عنده أو عرفت لأن
تعذر الرد عليه في هذه المواضع بسبب حادث بعد قبضه فيجمل ذلك بمنزلة اختياره فاما عند
أخذ الشفيع تعذر الرد عليه بحق كان سابقاً على قبضه فلهذا لا يجمل ذلك اختياراً منه وبقي هو
في العبد على خياره فإذا فسخ العقد في العبد يجمل هذا بمنزلة ما لو انفسخ العقد فيه بالهلاك في
يده قبل القبض فعليه أن يدفع إلى البائع القيمة المقبوضة من الشفيع لأنها هي التي سلمت له
بسبب يده على الدار فيردها على البائع كما يرد الدار لو كانت في يده ولو كانت الدار في يد
البائع كان للشفيع أن يأخذها منه بقيمة العبد ويسلم العبد للمشتري لانقراض البيع بينهما حين
أخذها الشفيع من يد البائع ولو كانت الدار في يد المشتري فهلك العبد في يد البائع انتقض
البيع ورد المشتري الدار وللشفيع أن يأخذها بقيمة العوض لما بينا أن حق الشفعة ثبت له
بقيمة العوض وهو قادر على أداء ذلك بعد هلاك العوض في يد مشتري الدار ولو كان
الخيار لبائع الدار فيها أو في العبد لم يكن للشفيع فيها شفعة حتى يوجب البيع لأن أحد المتعاقدين
إذا شرط الخيار لنفسه في أحد الموضين فذلك منه شرط للخيار في العوض الآخر وإن كان
الخيار أربعة أيام فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة ولا شفعة في ذلك إلا أن يسقط خياره
قبل مضي ثلاثة أيام وعند أبي يوسف ومحمد البيع جائز ولكن بخيار البائع لا تجب الشفعة
حتى يسقط خياره أو يسقط ذلك بمضي المدة فحينئذ يجب للشفيع فيه الشفعة والله أعلم بالصواب

باب ما لا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره

(قال رحمه الله قال قد بينا في النكاح أن المهور لا تستحق بالشفعة عندنا وتستحق عند

الشافعي والحاصل عندنا أن الشفعة تختص بمقابلة مال بمال مطلقا لأن الشفيع لا يتمكن من الأخذ إلا بمثل السبب الذي يملك به الجار الحادث وأخذه لا يكون الا مبادلة مال بمال مطلقا وعلى هذا الاصل لا شفعة في المجمول بدلا في الخلع والصلح في القصاص في نفس أو عضو لأن الشفيع لا يتمكن من الأخذ بمثل ذلك السبب ولا يمكن اقامته مقام المملك في حكم ذلك السبب فهو نظير الموهوب لا يستحق بالشفعة وكذلك لو استأجر ابلا بدار لأن الاجرة غير مملوكة بازاء مال مطلقا لأن الشفعة ليست بمال في الحقيقة وإنما يجعل لها حكم المالية في جواز العقد عليها للحاجة ثم قد بينا في كتاب النكاح ما اذا تزوج امرأة على دار على أن ردت عليها ألفا وذكروا أن عند أبي يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الألف بمنزلة مالو أفرد كل واحد من العقدين وعند أبي حنيفة لا تجب الشفعة في شيء لأن البيع هنا بيع للنكاح (وإذا تعذر إيجاب) الشفعة فيما هو الاصل لا يوجب فيما هو بيع ولو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها داره مهورا أو صلحها على أن يجعلها مهورا لها أو أعطاه إياها مهورا لم يكن فيها شفعة لأن هذا منه تعيين لمهر المثل ومهر المثل مملوك لها بمقابلته ما ليس بمال فلا يستحق بالشفعة ولأن أكثر ما فيه أن يجعل المفروض بعد العقد كالمسمى في العقد وهذا بخلاف مالو باعها بمهر مثله دارا لأن البيع اسم خاص لمبادلة مال بمال ففي لفظ البيع دليل على أنه ملكها الدار عوضا عن مهر المثل وكذلك أن صلحها من مهرها على الدار أو مما وجب لها من المهر على الدار فلا شفعة فيها الشفعة لأن في لفظهما ما يدل على أنهما لم يقصدا تعيين مهر المثل بالدار فإنه ملكها ذلك عوضا عن المهر الذي استوجب عليه والذي استوجب عليه من المهر مال فكان مبادلة مال بمال وكذلك لو تزوجها على مهر مسمى فباعها به هذه الدار أخذها الشفيع بالشفعة وكذلك لو فرض القاضي لها مهورا ثم اشترى به الدار أخذها الشفيع بالشفعة بخلاف مالو أعطاه الدار مهورا فإن هناك لو طلقها قبل الدخول وجب عليها أن ترد الدار وتطالبه بآئنة وهنا لو طلقها قبل الدخول لم يلزمها رد شيء من الدار على الزوج وإنما لزمها من الدار ما فرض القاضي مهرها لها يحسب من ذلك مقدار المتعة ويعطيه الفضل على ذلك وفي المسمى في العقد يعطيه نصف المسمى وإذا صالح من دم عمد على دار على أن يرد عليه صاحب الدم ألف درهم فلا شفعة في الدار في قول أبي حنيفة لأن الاصل فيه الصلح وما يقابل من دم العمد بالدار لا يستحق بالشفعة فكذلك ما يتبعه وعند أبي يوسف ومحمد يأخذ منها جزءا من احدى عشر جزءا بالف درهم لأن الدار

تقسم على الالف وعلى دم العمد وقيمة الدية ألا ترى انه اذا تعدر استيفاء القود يجب المصير الى الدية والدية عشرة آلاف فاذا جعلت كل ألف جزءا كانت حصّة الدم من الدار عشرة أجزاء من احدى عشر جزءا وحصّة الالف جزء من احدى عشر جزءا فيأخذ الشفيع ذلك بالشفعة وكذلك الصلح من شجاج العمد التي فيها القود وان صالحه من موضعتين احدهما عمد والاخرى خطأ على دار فلا شفعة فيها في قول أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد يأخذ الشفيع نصفها بخمسمائة لان موجب موضحة الخطأ خمسمائة درهم وموجب العمد القود فاذا صالح عنها على دار كان نصفها بدلا عن القود ونصفها بدلا عن الخمسمائة وأبو حنيفة يقول المقصود بهذا الصلح القود لان المال لا يمارض النفس ألا ترى أن موجب موضحة العمد وهو القود على صاحب الدار خاصة وان موجب الخطأ عليه وعلى عواقله واذا لم تجب الشفعة فيما هو الاصل لا تجب في البيع أيضا اما لانه صار شريكا بما هو الاصل أو قياسا على المضارب اذا باع دارا من مال المضاربة ورب المال شفعها بدار له وفي المال ربح فانه لا يأخذ بالشفعة نصيب المضارب من الربح لان الشفعة لم تجب له فيما هو الاصل باعتبار أن البيع كان له فلا تجب الشفعة في البيع أيضا وان صالح من كفاله بنفس رجل على دار فلا شفعة فيها لان هذا الصلح باطل فانه باسقاط حقه عن الكفالة بالنفس لا يملك الكفيل شيئا فلا يستحق عليه عوضا وان كان هذا الصلح صحيحا لم يجب فيها الشفعة لان الدار ملكت بازاء ما ليس بمال فالكفالة بالنفس ليست بمال وسواء كانت الكفالة بنفس رجل في قصاص واحد أو مال في حكم الشفعة وبطلان الصلح في الكل سواء ولو صالحه من المال الذي يطلب به فان قال على أن يبرأ فلان من المال كله فهو جائز وللشفيع فيها الشفعة لان صلح الاجنبي عن الدين على ملكه صحيح كصلح المديون ولو كان المديون هو الذي صالح على ذلك جاز الصلح ووجب للشفيع فيها الشفعة فكذلك اذا فعله أجنبي هو كفيل بالنفس وان قال أقبضتكمها عنه فالصلح باطل لانه ملكه الدار بمقدار قيمتها من الدين فقضاء الدين بالدار يكون بهذه الصفة وذلك مجهول لانه يعلم انه جميع الدين أو بعضه فكان الصلح فاسدا ولا شفعة في العوض في الصلح انفاست كمالا شفعة في البيع الفاسد واذا زوج الرجل ابنته وهي صغيرة على دار فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها الاب له بثمن مسمى معلوم بمهر مثلها أو بقيمة الدار فهذا بيع وللشفيع فيها الشفعة لان الصداق لا يستحق بالشفعة والتسليم فيه الى الشفيع سمحا بغير قضاء بمنزلة الشفيع

المبتدأ واللاب ولاية البيع في دار ابنته الصغيرة وهو بيع صحيح لان الثمن فيه مسمى معلوم وكذلك لو كانت الابنة كبيرة فسلمت فهو بيع وللشفيع فيها الشفعة ولا شفعة في البيع الفاسد ان قبضها المشتري أو لم يقبضها اما قبل القبض فلبقاء ملك البائع فيها وأما بعد القبض فلبقاء حقه في استردادها وجوب الشفعة بغير انقطاع حق البائع عن الدار فان كان قد قبضها فبيعت دار الى جنبها فلا يشتري أن يأخذها بالشفعة لانه ملكها بالقبض فهو جار للدار المبيعة حين بيعت بملك هذه الدار وقيام حق البائع في الاسترداد لا يمنع وجوب هذه الشفعة لها كقيام حق المرتهن في الدار المرهونة لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها فان لم يأخذها حتى رد هذه الدار بطلت شفعتها في تلك الدار لانه زال جواره قبل أن يأخذها بالشفعة وقيام السبب له الى وقت الاخذ بالشفعة شرط للقضاء له بالاخذ ولاشفعة للبائع فيها لانه لم يكن جاراً حين بيعت هذه الدار وهو بمنزلة مالو باع الشفيع داره التي يطلب بها الشفعة قبل أن يخاصم بالشفعة فانه لا يستحق المبيعة بالشفعة لانه زال جواره ولا المشتري منه لان جواره حادث بعد ملكه الدار واذا اشترى داراً فاسداً وقبضها وبنائها فللبائع قيمتها وينقطع حقه في الاسترداد عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا ينقطع حقه في الاسترداد ولكن يهدم بناء المشتري فيرد الدار على البائع لانه بنى في بقعة غيره أحق بملكها منه فينتقض بناءه لارد على صاحب الحق كالمشتري اذا بنى في الشقص المشفوع وهذا لان البناء بيع لحق الثابت في الاصل بصفة التأكد لا يبطل بمعنى في البيع ثم حق البائع في الاسترداد أقوى من حق الشفيع ألا ترى أنه لا يبطل بالسكوت ولا يسقط باسقاط البائمين وان ذلك مستحق له وعليه شرعاً ثم بناء المشتري في ملكه ينتقض لحق الشفيع مع ضعفه فلأن ينتقض بحق البائع في الاسترداد كان أولى أرايت لو هدم المشتري بناءه ألم يكن للبائع أن يسترده وهذا لا وجه لمنعه فالمشتري اذا وجد بها عيباً بعد ما رفع بناءه كان له أن يردها بالعيب فلأن يردها بفساد البيع كان أولى وهذا بخلاف حق الواهب في الرجوع فهو حق ضعيف فيسقط بمعنى في البيع كما يسقط بمحدث الزيادة المتصلة بموت أحدهما وأبو حنيفة يقول بنى في ملك نفسه بتسليط من له الحق فلا ينتقض بناؤه لحقه كالموهوب له يبنى في الدار الموهوبة ويان الوصف أن الحق في الاسترداد للبائمين فهو الذي سلبت المشتري على هذا البناء بإيجاب الملك له فيها والبيع وان فسد شرعاً فالتسليط من البائمين بقي معتبراً في حقه والدليل عليه ان سائر تصرفات

المشتري من البيع والهبة والصدقة لا تنقض لحق البائع في الاسترداد وما كان ذلك الا باعتبار تسليطه اياه على ذلك وبه فارق الشفيع فانه لم يوجد منه تسليط المشتري على التصرف ولهذا ينقض سائر تصرفات المشتري لحق الشفيع فكذلك ينقض بناؤه واذا عرفنا هذا فنقول عندهما لا يجب للشفيع فيها الشفعة لبقاء حق البائع في الاسترداد وعند أبي حنيفة يجب للشفيع فيها الشفعة لان حق البائع في الاسترداد قد انقطع فبأخذها الشفيع بقيمتها وينقض بناء المشتري لحق الشفيع وهما بهذا الحرف يستدلان على أبي حنيفة فيقولان لا قرار لهذا البناء بالاتفاق لرفعه مستحق اما لحق البائع أو لحق الشفيع وأبو حنيفة يقول لهذا البناء قرار في حق البائع فانه حصل بتسليطه فينقطع به حق البائع في الاسترداد ولكن لا قرار له في حق الشفيع فيكون له أن ينقضه للاخذ بالشفعة وهو بمنزلة تصرف آخر من المشتري فيها كالبيع والهبة والصدقة فانه يقطع حق البائع في الاسترداد ثم ينقض ذلك التصرف لحق الشفيع يقول فان باعها المشتري بيعا صحيحا فلا شفيع الخيار ان شاء أخذها بالبيع الثاني بالثمن المسمى وان شاء أبطل البيع الثاني وأخذها بالبيع الاول بالقيمة لاجتماع سببين فيها لثبوت حق الاخذ فبأخذ أبي السببين شاء وهما يفرقان بين هذا وبين البناء ويقولان تصرف المشتري هنا حصل في غير ما هو مملوك له بالعقد الفاسد وفي البناء حقه في البيع لان البناء بيع للأصل وفي هذا القول اشكال فالشفيع اذا تنقض البيع الثاني فقد صار ذلك كأن لم يكن وقيل البيع الثاني يرد على البائع الاول ولا شفعة فيها فكذا بعد ما انتقض البيع الثاني من الاصل ولكننا الجواب عنه أن البيع الثاني من الاصل الثاني صحيح مزيل للملك المشتري وانما ينقض لحق الشفيع فاما يكون من مقتضيات حق الشفيع لا يصلح أن يكون مبطلا حقه في الاخذ بالشفعة وان اشتراها شراء فاسدا ولم يقبضها حتى يمت دار الى جنبها فللبائع أن يأخذ هذه الدار بالشفعة لان الاول في ملكه بعد فيكون جاريا بملكه الدار الاخرى فان سلمها الى المشتري بطلت شفيعته لانه أزال جواره باختياره قبل الاخذ بالشفعة ولا شفعة فيها للمشتري لان جواره محدث بعد بيع تلك الدار وان اشتراها بخمر أو خنزير والمتعاقدان مسلمان أو أحدهما وشفيعها نصراني فلا شفعة فيه لان البيع فاسد والخمر والخنزير ليس بمال متقوم في حق المسلم منهما وفي البيع الفاسد لا تجب الشفعة لمسلم ولا كافر وان اشتراها كافر من كافر وشفيعها مسلم فالبيع صحيح لان الخمر والخنزير في حقهم مال متقوم كالبيع

والشاة في حق المسلمين فان كان شفيهما نصراني أخذها بمثل الحر المشتري بها أو بقيمة الخنزير لان الحر من ذوات الامثال فيأخذها الشفيع بمثل ما يملك به المشتري صورة ومبنى وفي الخنزير يأخذها بقيمته ولو كان الشفيع مسلماً أخذها بقيمة الحر والخنزير لان المسلم عاجز عن تمليك الحر قصدا فعليه قيمتها وهو معتبر بالاستهلاك فان خر النصراني عند الاستهلاك مضمون على النصراني بالمثل وعلى المسلم بالقيمة فكذلك في حق الشفيع وطريق معرفة القيمة والرجوع فيها الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع الاختلاف في ذلك فالقول قول المشتري بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن واذا اشترى أرضا شراء فاسدا فزرعها وغرس فيها الشجر فنقصها ذلك ثم جاء الشفيع والبائع فللشفيع أن يأخذها بقيمتها في قياس قول أبي حنيفة لان الفرس كالبناء فكما لا ينقض بناء المشتري لحق البائع عنده فكذلك لا تقلع أشجاره واذا انقطع حق البائع في الاسترداد وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمتها الا أنه يطرح عنه من ذلك بقدر ما نقض الارض من عمل المشتري لانه في معنى المثلف لجزء منها وقد بينا أن لما يتلفه المشتري حصه من الثمن في حق الشفيع يطرح عنه بقدره كالبناء اذا أحرقه وعند أبي يوسف ومحمد يقلع الشجر كما يهدم البناء ويرد على البائع ولا شفعة فيها وكذلك ان اتخذها مسجدا ثم خاصمه البائع فيها فله القيمة في قياس قول أبي حنيفة لان تصرف المشتري بتسليط البائع فلا ينقض لحقه وعندهما يرد على البائع كالمو بني فيها المشتري بناء آخر وذكر هلال في كتاب الوقف أن حق البائع في القيمة عندهم جميعا لان المسجد يتحرر عن حق العباد ويصير خالصا لله تعالى فهو نظير العتق في العبد الذي اشتراه شراء فاسدا ثم هذا تصرف من المشتري في عين ما يملكه بالمقد الفاسد ولو تصرف فيه بنقل الملك الى غيره لم ينقض تصرفه لحق البائع في الاسترداد فاذا تصرف فيه بابطال الملك أولى فان باع نصفها يما صحيحا يرد النصف الثاني على البائع اعتبارا للبعض بالكل ويأخذ الشفيع النصف الآخر بالثمن الآخر هكذا قال والصحيح أنه يتخير بين أن يأخذ النصف بنصف القيمة بحكم البيع الاول لما انقطع حق البائع في الاسترداد فيه وبين أن يأخذ بالبيع الثاني بالثمن المسمى اعتبارا للبعض بالكل واذا أخذه بالثمن الآخر يصدق المشتري بفضل نصف الثمن على نصف القيمة فانه انما ينرم للبائع نصف القيمة فافضل حصل له بكسب خبيث فيؤمر بالتصدق به والله أعلم

باب الشفعة في المريض

(قال رحمه الله مريض باع دارا بالفى درهم وقيمتها ثلاثة آلاف درهم ولا مال له غيرها
ثم مات وابنه شفيع الدار فلا شفعة للابن فيها) لانه لو باعها من أبيه بهذا الثمن لم يحز وقد بينا
أن الشفيع يتقدم على المشتري شرعا في ثبوت الملك له بالسبب الذي يملك به المشتري وقد تعذر
ذلك في هذا الموضع يوضحه اما أن يأخذها بالعين كما أخذها المشتري فيكون ذلك وصية
من المريض لوارثه خصوصا اذا أخذها من يد البائع ولا وصية لوارث أو يأخذها بثلاثة آلاف
وذلك لا يستقيم لما فيه من اثبات ثمن في حق الشفيع ليس ذلك بثابت في حق المشتري فاذا
تعذر الوجهان قلنا لا شفعة له أصلا وذكر في كتاب الوصايا أن على قولها له أن يأخذها
بقيمتها ان شاء والا صبح ما ذكرنا هنا فانه نص في الجامع على أنه قولهم جميعا ولو كان الابن
هو المشتري للدار من أبيه وأجنبي شفيعها فان كان اشتراها بمثل القيمة فلا شفعة للشفيع
فيها في قول أبي حنيفة وفي قولها للشفيع فيها الشفعة وهذا بناء على أن بيع المريض من
وارثه بمثل قيمته لا يجوز في قول أبي حنيفة ويجوز في قولها لانه ليس في تصرفه ابطال
حق الورثة عن شيء مما تعلق حقهم به وهو المالية والوارث والاجنبي في مثل هذا التصرف
سواء كما لو أعانه ببدنه يوضحه أنه ممنوع من الوصية للوارث كما أنه ممنوع من الوصية بما زاد
على الثلث للأجنبي ثم البيع بمثل القيمة من المريض صحيح في حق الاجنبي في جميع ماله ولا
يكون ذلك وصية بشئ فكذلك مع الوارث يوضحه أنه اذا كان عليه دين مستغرق فباع
بعض ماله من آخر بمثل قيمته يجوز وهو ممنوع في هذه الحال من الوصية بشئ من ماله ثم لم
يجعل يبعه بمثل قيمته وصية منه فكذلك في حق الوارث وأبو حنيفة يقول آثر بعض ورثته
بعين من أعيان ماله بقوله وهو محجور عن ذلك لحق سائر الورثة كما لو أوصى بأن يعطى أحد
ورثته هذه الدار بنصيبه من الميراث وهذا لان حق الورثة يتعلق بالعين فيما بينهم كما يتعلق بالمالية
وعلى هذا لو أورد بعضهم أن يجعل شيئا لنفسه بنصيبه من الميراث لا يملك ذلك الا برضا سائر
الورثة فكما أنه لو قصد إتيان البعض بشئ من ماله رد عليه قصده فكذلك اذا قصد إتيان البعض
وهذا لان الناس في الاعيان أغراضا فقد يفتخر الانسان بخطه اياه فوق ما يفتخر بكثرة
ماله وانما نفي الشرع وصية المريض لبعض الورثة دفعا للفضاضة عن سائر الورثة وذلك المعنى

يتحقق هنا فلهذا يتمتع ببعه منه بمثل قيمته وباكثر بخلاف الاجنبي فانه غير ممنوع من التصرف مع الاجنبي فيما يرجع الى العين وانما يمنع من ابطال حق الورثة عن ثلثي ماله وليس في البيع بمثل القيمة من الاجنبي ابطال حق الورثة عن شيء من ماله والدليل على الفرق ان اقرار المريض للاجنبي بالدين أو بالعين واقاراره باستيفاء الدين منه صحيح في حق الورثة وشيء من ذلك لا يصح مع الوارث ويجعل وصية منه فكذلك البيع بمثل القيمة وهذا بخلاف بيعه من الاجنبي اذا كان عليه دين مستغرق لان المنع لحق الغرماء وحققهم في ديونهم لافي عين مال المريض ألا ترى أن للوارث أن يستخلص الدين لنفسه بقضاء الدين من مال آخر فاذا لم يكن في البيع بمثل القيمة ابطال حقهم عن شيء مما تعلق به حقهم كان صحيحا بخلاف ما نحن فيه والدليل على الفرق أنه لو كان باع عينا في صحته من أجنبي ثم أقر باستيفاء الثمن منه في مرضه صح اقراره في حق الغرماء وبمثله لو باعه من دار به لم يصح اقراره باستيفاء الثمن منه في مرضه في حق سائر الورثة والفرق ما ذكرنا اذا عرفنا هذا فنقول عند أبي حنيفة لا شفعة للشفيع لان البيع فاسد وعند أبي يوسف ومحمد لما صح البيع كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة ولو كان باعها من ابنه بالف درهم وقيمتها ثلاثة آلاف فلا اشكال عند أبي حنيفة أن البيع فاسد ولا شفعة للشفيع وعندهما لا شفيع أن يأخذها بثلاثة آلاف درهم ان شاء في رواية كتاب الشفعة لان الشفيع قائم مقام المشتري وقد كان لابن أن يزيل المحاباة ويأخذها بثلاثة آلاف ان شاء فكذلك للشفيع أن يأخذها بذلك وذكر في موضع آخر أن الشفيع لا يأخذها بالشفعة هنا لان عندهما بيع المريض من وارثه انما يجوز باعتبار أنه لا وصية في تصرفه وفي البيع بالمحاباة وصية ألا ترى أنه لو حصل مع أجنبي آخر كان معتبرا من الثلث ولا وصية لوارث فكان البيع فاسدا ولا شفعة في البيع الفاسد وبأن كان المشتري يتمكن من ازالة المفسد فذلك لا يوجب الشفعة للشفيع كما لو اشتراها بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وقد روي عن أبي يوسف أن للشفيع أن يأخذها بالقيمة لانه يتقدم على المشتري شرعا فيجعل كأن البيع من المريض كان منه بهذا الثمن والأصح ما ذهب اليه أبو حنيفة فان نفس البيع وصية ألا ترى أنه لو أوصى بأن تباع داره من فلان بمثل قيمتها يجب تنفيذ الوصية بعد موته اذا طلب الموصي له وان الموصي له بالبيع يزاحم سائر أصحاب الوصايا فاذا ثبت ان نفس البيع وصية وقد نفي رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية للوارث قلنا لا يجوز منه البيع أصلا واذا اشترى

المريض دارا بألفي درهم وقيمتها ألف درهم وله سوي ذلك ألف درهم ثم مات فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانه انما حابه بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فيجب للشفيع فيها الشفعة ولو كان باع دارا بقيمتها أو أكثر ووارثه شفيعها فلا شفعة له في قول أبي حنيفة لان بيعه من الوارث لا يجوز عند أبي حنيفة وكذلك بيعه من الاجنبي لا يكون مثبتا حق الاخذ بالشفعة للوارث وعند أبي يوسف ومحمد للوارث أن يأخذها بالشفعة لانه لو باعها منه بذلك الثمن جاز البيع فكذلك اذا باعها من أجنبي آخر والوارث شفيعها لان الشفيع يتقدم على المشتري في تملكها بالسبب الذي باشره المشتري اذا أخذها بالشفعة وان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة آلاف درهم وشفيعها أجنبي فله أن يأخذها بالفين لان المحابة بقدر الثلث وذلك صحيح منه في حق الاجنبي فان قيل كيف يأخذها الشفيع بالفين والوصية كانت منه للمشتري دون الشفيع ومن أوصى لانسان بشئ من ماله لا يجوز تنفيذ الوصية لغير من أوصى له به فلنا هو كذلك في وصية مقصودة فالوصية هنا لم تكن مقصودة وانما كانت في ضمن البيع ألا ترى انها لا تبقى بعد ما بطل البيع وفي حق البيع الشفيع صار مقدما على المشتري شرعا فكذلك فيما هو من متضمنات البيع ولما أوجب البيع له بما سمي من الثمن مع علمه أن الشفيع يتمكن من الاخذ بمثل ما اشترى به المشتري فكانه أوجب الوصية بالمحابة للمشتري ان سلم الشفيع له وللشفيع أن يأخذها بالشفعة وان كان للدار شفيعان أحدهما وارث فلا شفعة للوارث لانه لو لم يكن لها شفيع سواه لم يستحقها بالشفعة في هذا البيع فاذا كان معه شفيع آخر أولي أن لا يستحقها واذا انعدمت مزاحمتها كان للاجنبي أن يأخذ الكل بالشفعة بمنزلة ما لو سلم أحد الشفيعين شفعته وان باعها بالف درهم وهي تساوي ألفين وليس له مال غيرها قيل للمشتري ان شئت فخذها بثلاثي الفين وان شئت فدع لانه حابه بنصف ماله ولا يمكن تنفيذ المحابة الا في مقدار الثلث والمشتري يتمكن من ازالة المانع بان يلتزم الى تمام ثلثي الفين الا أنه يتخير في ذلك لانه يلزمه زيادة في الثمن لم يرض بالتزامها فان شاء فسخ البيع لاجله ولا شئ له لان الوصية كانت في ضمن البيع وقد بطل البيع وان شاء التزم ذلك فيسلم له الوصية بقدر الثلث كما لو كان اشتراها في الابتداء بثلاثي الفين وأي ذلك فعل كان للشفيع فيها الشفعة اما عند إمضاء البيع فلا اشكال وأما عند الرد فلان البيع كان صحيحا موجبا للشفعة حتى اذا ظهر للميت مال آخر فالبيع سالم للمشتري وباعتبار صحة البيع

وجبت الشفعة للشفيع ثم الرد من المشتري يعمل في ابطال حقه لا في ابطال حق الشفيع كما لو تفاسخ البيع ولكن الشفيع يأخذها بثلاثي الالفين لانها ما كانت تسلم للمشتري الا بهذا القدر من الثمن فكذلك الشفيع وان باعها بالالفين الى أجل وقيمتها ثلاثة آلاف فالأجل باطل لان المحابة بالقدر استغرقت ثلث المال فلا يمكن تنفيذ الوصية بالأجل في شيء ولكن يتخير المشتري بين أن يفسخ البيع أو يؤدي الألفين حالة ليصل الى الورثة كمال حقهم وأى ذلك فعل فلا شفيع أن يأخذها بالشفعة لانه قائم مقام المشتري في حكم هذا البيع كما في الفصل الأول وهذا أظهر من ذلك فالأجل في الثمن لا يثبت في حق الشفيع وقد بينا أن خيار المشتري لا يمنع وجوب الشفعة للشفيع وان باعها بثلاثة آلاف الى سنة وقيمتها ألفان قيل للمشتري ان شئت فعجل ألفين وان شئت فدع في قول أبي يوسف وهو قياس قول أبي حنيفة وقال محمد ان شاء عجل ثلثي قيمتها ويكون الباقي عليه الى أجل وان شاء تركه وقد تقدم بيان نظير هذه المسئلة في كتاب العتاق وذكروا أن من أصل محمد أن تأجيل المريض صحيح مطلقا فيما له أن لا يملكه أصلا كما في الصداق وبذل الصلح عن القصاص وعند أبي يوسف جميع المسمى مملوك بازاء مال تعاقد به حق الورثة فلا يصح تأجيله فيه إلا بقدر الثلث لان التأجيل بمنزلة الاسقاط من حيث أن الحيولة تقع بين الورثة وبين المال في الحال بسبب الأجل ولهذا يرجع شهود التأجيل ضمنوا كما تضمن شهود الإبراء فلي ذلك الأصل تنبئ هذه المسئلة وقد قررنا هذا الكلام فيما أمليناه من شرح الجامع في هذه المسئلة بعينها وأما الشفيع فالأجل لا يثبت في حقه ولكنه بالخيار ان شاء عجل المال كله وأخذ الدار كله وان شاء كف حتى يحل المال وقد بينا هذا في الصحيح ببيع داره بثلثين مؤجلا أن الاجل لا يثبت في حق الشفيع فهو مثله في حق المريض واذا باع المريض دارا أو حابي فيها ثم برأ من مرضه والشفيع وارثه فان لم يكن علم بالبيع حتى الان فله أن يأخذها بالشفعة لان المرض اذا تعقبه برأ فهو بمنزلة حال الصحة وان كان قد علم بالبيع وقد بطلت الشفعة حتى برأ من مرضه فلا شفعة له لان السبب الموجب للشفعة له البيع وقد سككت عن الطلب بعد ما علم بالسبب فتبطل شفيعته به وان لم يكن متمكنا من الاخذ عند ذلك كالجار اذا سككت عن الطلب بعد علمه بالبيع لمكان الشريك ثم سلم الشريك لم يكن له أن يأخذ بالشفعة فهذا مثله والله أعلم بالصواب

باب تسليم الشفعة

(قال رحمه الله واذا سلم الشفع الشفعة بعد وقوع البيع والمشتري حاضر أو غائب فتسليمه جائز) لانه أسقط الحق الواجب له والاسقاط يتم بالاسقاط وأنه تصرف منه على نفسه ولا يتعدى تصرفه الى محل هو حق غيره ولهذا لا يشترط القبول فيه من غيره وكذلك ان ساوم الشفع المشتري بالدار لانه ساومه بها ليشتريها منه ابتداء وذلك دليل الرضا بتقرر ملكه فيها وكذلك لو سأله أن يوليها إياه لان حاجته الى ذلك بعد سقوط حقه في الاخذ بالشفعة فالتماسه دليل اسقاط شفخته ودليل الاسقاط كصريحه وكذلك ان قال المشتري للشفع أنفقت عليها كذا في بنائها وإني أوليكها بذلك وبالتمن فقال نعم فهو تسليم منه لان قوله نعم في موضع الجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كاللعماد فيه ومعناه ولني بذلك واذا وكل وكيلًا بطلب الشفعة فسلم الوكيل الشفعة أو أقر بأن موكله قد سلم الشفعة فنقول أما عند أبي حنيفة يصح ذلك منه في مجلس القضاء ولا يصح في غير مجلس القضاء وكان أبو يوسف يقول أولاً لا يصح ذلك منه في مجلس القضاء وفي غير مجلس القضاء وهو قول زفر ثم رجع فقال إقراره على الموكل بالتسليم صحيح في مجلس القضاء ومحمد يقول في إقراره على الموكل بالتسليم بقول أبي حنيفة وقال يجوز تسليم الشفعة في مجلس القضاء ولا يجوز في غير مجلس القضاء ذكر قوله هذا في كتاب الوكالة ولا يحفظ جواب أبي يوسف الآخر فيما إذا أسلم الوكيل الشفعة وقيل ذلك صحيح منه كما يصح إقراره على الموكل بالتسليم وأصل المسئلة في كتاب الوكالة فان الوكيل بالخصومة إذا أقر على موكله في القياس لا يجوز إقراره وهو قول زفر وأبي يوسف وفي الاستحسان يجوز إقراره في مجلس القاضى وهو قول أبي حنيفة ومحمد وفي قول أبي يوسف الآخر إقراره صحيح في غير مجلس القاضى وفي مجلس القاضى كإقرار الموكل فالوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة فإذا أقر على موكله بالتسليم كان على هذا الخلاف فاما إذا سلم بنفسه فنأصل أبي حنيفة وأبي يوسف أن من ملك طلب الشفعة والخصومة فيها يصح تسليمه الا أن الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة ومجلس الخصومة مجلس القاضى فيصح تسليمه في مجلس القاضى عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف الوكيل قائم مقام الموكل فيصح منه التسليم في مجلس القاضى وغير مجلس القاضى وعند محمد وزفر لا يصح منه التسليم أصلاً لان ذلك ضد ما فوض اليه فانه أمر باستيفاء الحق لا باسقاطه الحق

وأصل هذه المسئلة في الاب والوصى اذا سلما شفعة الصبي جاز ذلك عند أبي حنيفة وأبي يوسف وليس للصبي أن يطلب بحقه بعد البلوغ لانهما قاما مقامه في استيفاء حقه والاسقاط ضد الاستيفاء فلا يثبت لهما الولاية في الاسقاط كالإبراء عن الدين والنفق عن القصاص الواجب له وهذا لان تصرفهما مقيد بالنظر وليس في اسقاط حق الصبي معنى النظر له ولان حق الاخذ بالشفعة يثبت شرعا لدفع الضرر فيهما بالاسقاط كأنهما يلزمانه الضرر وأبو حنيفة وأبو يوسف قالا تسليم الشفعة ترك الشراء والاب والوصى كما يجوز منهما الشراء علي الصبي يجوز ترك الشراء ألا ترى أنه لو أوجب صاحب الدار البيع فيها من الصغير فرده الاب والوصى صح ذلك منهما وبيان الوصف أن الشفيع بالاخذ يملك العين بالثمن وهذا هو الشراء وتأثيره أن في تسليم الشفعة يبقى أحد العوضين على ملك الصبي وهو الثمن فان كان فيه اسقاط حقه فهو اسقاط بعوض يعد له فلا يعد ذلك ضررا كيبيع ماله بخلاف الإبراء عن الدين واسقاط القود يوضحه أنه لو أخذها بالشفعة ثم باعها من هذا الرجل بعينه جاز ذلك فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لانه اذا أخذها ثم باعها منه توجه العهدة فيها على الصغير وفي التسليم لا توجه عليه العهدة واذا ثبت هذا قلنا سكوت من يملك التسليم عن الطاب بمنزلة التسليم فاذا سكنت الاب والوصى عن طلب الشفعة من الاجنبي فذلك مبطل لحق الصبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف بمنزلة تسليمها وفي قول محمد وزفر لا يبطل حق الصبي ولو اشترى الاب للصبي دارا وهو شفيعها فله أن يأخذها بالشفعة عندنا وقال زفر ليس له ذلك وهو بناء على شراء الاب مال الصبي لنفسه وان كان مكان الاب وصيا لم يملك أخذها لنفسه بالشفعة لان ذلك بمنزلة الشراء منه والوصى لا يشتري مال اليتيم لنفسه بمثل القيمة ولو اشترى الاب لنفسه دارا والصبي شفيعها فليس للصبي اذا بلغ أن يأخذها بالشفعة لان الاب متمكن من الاخذ فسكوته يكون مبطلا شفعة الصبي بخلاف ما اذا باع الأب دارا والصبي شفيعها لان البائع لا يملك الاخذ بالشفعة والسكوت عن الطلب ممن يملك الاخذ يكون مبطلا للشفعة فاما ممن لا يملك الاخذ لا يكون مبطلا ولو كان المشتري اشترى الدار باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله والصبي شفيعها فسلم الاب ذلك من أصحابنا من قال يصح التسليم هنا عند محمد وزفر لما فيه من النظر للصبي والاصح أنه لا يصح التسليم عندهم جميعا لانه لا يملك الاخذ لكثرة الثمن وسكوته عن الطلب وتسليمه انما يصح اذا كان مالكا للاخذ

فيبقى الصبي على حقه اذا بلغ وتسليم أحد المتعاضدين شفعة صاحبه في دار له خاصة من ميراث جائز لان الاخذ بالشفعة شراء والمتعاضدان في ذلك كشخص واحد لان كل واحد منهما في ذلك قائم مقام صاحبه فيصح تسليمه ألا ترى أنه لو أخذ بالشفعة كانت الدار بينهما وكان الثمن عليهما فكما يحمل أحد أحدهما في الحكم كاحدهما فكذلك التسليم ولو كان المضارب هو الشفيع بدار من المضاربة فيها ربح وليس في يده من مال المضاربة غيرها فسلم المضارب الشفعة كان لرب المال أن يأخذها لنفسه وان سلم رب المال كان للمضارب أن يأخذها لنفسه لان المضارب لا يأخذها بالشفعة للمضاربة فانه يكون ذلك استدانة على المضاربة والمضارب لا يملك ذلك فيبقى حق كل واحد منهما في الاخذ لنفسه بحكم الجوار لان المضارب شريك في دار المضاربة اذا كان فيها ربح واذا بيعت دار بجانب الدار المشتركة فلكل واحد من الشريكين فيها الشفعة وتسليم أحدهما يصح في حق نفسه دون حق شريكه ولو باع المضارب دارا من المضاربة ورب المال شفعيها فلا شفعة له لان المضارب في بيعها عامل لرب المال ألا ترى أنه لو لحقه في ذلك عهدة رجع على رب المال ولا شفعة لمن وقع البيع له وكذلك لو باعها رب المال وهي من المضاربة وفي يد المضارب دار أخرى من المضاربة وهو شفعيها لم يكن له فيها شفعة لانه لو أخذها أخذها لرب المال فان الاصل في مال المضاربة حق رب المال ورب المال بائع لا يملك الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ غيره له بالشفعة ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بدار من المضاربة وتكون له خاصة دون المضارب لان المضارب في بيع داره من غير المضاربة عامل لنفسه لا لرب المال فهو في ذلك كاجنبي آخر وباعتبار دار المضاربة رب المال جار للدار فله أن يأخذها بالشفعة والاخذ بمنزلة الشراء ولو اشتراها كانت له خاصة دون المضاربة ولو باع رب المال دارا له خاصة والمضارب شفعيها بدار من المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار باعتبار شركته في الربح وهو في الاخذ لنفسه غير عامل لرب المال فيكون في ذلك كاجنبي آخر وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه لو أخذها أخذها للمضاربة ففي مال المضاربة حق رب المال هو الاصل ورب المال هو البائع فكما لا يثبت البائع حق الاخذ بالشفعة فكذلك لا يأخذ الغير له واذا باع المتفاوض دارا له خاصة من ميراث وشريكه شفعيها بدار له خاص من ميراث فلا شفعة له فيها لانه لو أخذها كانت بينهما بمنزلة مالوا اشتراها

وإذا كان بائعها شريكه لو ثبت لواحد منهما فيها شفعة كانت ثابتة للبائع لانهما فيما يأخذان
 بالشفعة كشخص واحد وإذا وجبت الشفعة للعبد المأذون فسلمها فهو جائز أن كان عليه دين
 أو لم يكن عليه دين لأن هذا بدل الشراء وهو من صنيع التجار ثم هو إسقاط حق بعوض
 يعد له فإن الثمن يبقى كسبالة وإن سلمها مولاه جاز أن لم يكن عليه دين لأن العبد لو أخذها
 تصير مملوكة للمولى وهو من هذا الوجه كالنائب عنه فيصح التسليم من المولى كما يصح من
 الموكل وإن كان عليه دين لم يجز تسليم المولى عليه لأن العبد في الأخذ عامل لفرمانه للمولى
 والمولى من كسب عبده المديون كسائر الأجانب ألا ترى أنه بعد الأخذ لو باعها للمولى جاز
 بيعه إذا لم يكن عليه دين ولم يجز بيعه إذا كان على العبد دين فكذلك تسليمه وتسليم المكاتب
 شفعتهم جائز لانه منملك الحجير عنه فيما هو من صنيع التجار وقد بينا أن تسليم الشفعة من
 صنيع التجار كالأخذ بالشفعة وتسليم المرتد شفعتهم جائز أيضا وذكر في بعض نسخ الأصل إذا
 مات أو قتل علي رده أو لحق بدار الحرب فهو باطل في قياس قول أبي حنيفة وهذا لا معنى
 له لأن الشفعة لا تورث فلا يقوم وارثه مقامه في الأخذ بالشفعة وبهذا الطريق يقول لا
 يتوقف فيه تسليم الشفعة بخلاف سائر التصرفات لانه لا فائدة في هذا التوقف إن أسلم
 فتسليمه صحيح وإن مات فالشفعة لا تورث إلا أن يكون موضوع هذا فيما إذا كان
 اشترى المرتد دارا فطلبها الشفيع بالشفعة فسلمها اليه فهذا يتوقف منه عند أبي حنيفة بمنزلة
 بيعه وإذا اشترى دارا بعبد وسلم الشفيع الشفعة ثم رأى صاحب الدار العبد فلم يرضه ورده
 وأخذ داره وقد كان دفعها أو لم يدفعها فلا شفعة للشفيع في ذلك لأن الرد بخيار الرؤية
 فسخ من الأصل ولهذا ينفر دبه الراد من غير قضاء ولا رضا والشفعة تجب بالعقود
 لا بالقسوخ وما كان وجب له بالعقد فقد أسقطه ولو اشترى دارا لم يراها ثم بيعت دار
 بجنبها فأخذها بالشفعة لم يسقط به خيار رؤيته في الدار المشتراة بخلاف خيار الشرط لانه
 أخذها إياها بالشفعة بمنزلة التصريح بإسقاط خياره والتصريح بإسقاط خيار الشرط صحيح من
 المشتري وإسقاط خيار الرؤية باطل قبل أن يراها فكذلك إذا أخذ دار بالشفعة بيعت بجنبها
 وإذا اشترى المضارب دارين بمال المضاربة وهو ألف درهم تساوى كل واحد منهما ألف
 درهم فبيعت دار إلى جنب أحدهما فلا شفعة للمضارب فيها فالشفعة لرب المال لأن كل واحدة
 منهما مشفولة برأس المال والمضارب شريك في الربح ولا ربح في واحدة منهما فلا يأخذها

المضارب بالشفعة وهذا لان الدور لا تقسم قسمة واحدة لما فيها من التفاوت في المنفعة فتعتبر كل واحدة منهما على الانفراد الا ترى أنه لو كان مكان الدارين عبيد لم ينهض عتق المضارب في واحد منهما ولو كان في احديهما ربح كان له الشفعة مع رب المال لانه شريك فيها بحصته من الربح واذا سلم الشفيع الشفعة على أن يعطى نصف الدار بنصف الثمن فهو جائز على ما اشترط. لانه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك صحيح عند تراضيهما اعتبارا للبعض بالكل وان اشترط يتنا بعينه لنفسه فهذا باطل لجهالة حصة البيت من الثمن ويأخذ لدار كلها أو يدع لانه بما صنع غير مسلم شفعتة بل هو مظهر رغبته فيما يحتاج اليه منها فيكون على شفعتة فيها واذا شهد شاه. دان علي تسليم الشفعة واختلفا في الوقت والمكان فالشهادة جائزة لان تسليم الشفعة قول يعاد ويكرر فاختلف الشاهدين في المكان والزمان لا يوجب اختلافا بينهما في المشهود به واذا سلم الشفعة في منزل وهو شريك في الطريق على أن يأخذ نصف المنزل بنصف الثمن فذلك جائز لما بينا أنه أسقط بعض حقه واستوفى البعض وذلك جائز بتراضيهما وللجار أن يأخذ النصف الآخر بالشفعة لان حتى الجار كان ثابتا في جميع المنزل الا أن الشريك في الطريق كان مقدما عليه فقيا أسقط الشريك حقه زال المانع فللجار أن يأخذه كما لو سلم في جميع المنزل واذا اشترى الرجل دارا وسلم الشفيع الشفعة ثم أقر المشتري أن البيع كان يلجئة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان هذا اقرار منه بفساد البيع الأول من الاصل بخلاف الاقالة فانه يتضمن معنى المبادلة ابتداء وباعتباره تجب الشفعة ألا ترى انه لو فسخ البيع من الاصل بخيار الرؤية أو الشرط. لم يتجدد به حق الشفيع بعد ما سلم الشفعة فاذا أقر بفساد البيع من الاصل أولى واذا سلم الشفيع الشفعة في هبة بعوض بعد التقابض ثم أقر البائع والمشتري أنها كانت ييما بذلك العوض لم يكن للشفيع فيها الشفعة لان الهبة بشرط العوض بعد التقابض بمنزلة البيع في حق الشفعة فكان التسليم صحيحا من الشفيع سواء أقر في البيع انه كان هبة بعوض أو في الهبة بشرط. العوض انه كان ييما وان سلمها في هبة بغير عوض ثم تصادقا انها كانت بشرط. عوض أو كانت ييما فلا شفيع أن يأخذها بالشفعة لانه لم يوجد منه الرضا بسقوط. حقه ولكنه ترك الطاب أو سلم بناء على أن الشفعة لم تجب له فاذا ظهر أنها كانت واجبة له فهو على حتمه في الشفعة واذا وهب الرجل دارا على عوض بألف درهم فقبض أحد العوضين دون الآخر ثم سلم الشفيع الشفعة فهو

باطل حتى اذا قبض العوض الآخر كان له أن يأخذ الدار بالشفعة لانه أسقط حقه قبل
الوجوب فالهبة بشرط العوض انما نصير كالبيع بعد التقابض وتسليم الشفعة قبل تقرر سبب
الوجوب باطل كما لو سلمها قبل البيع واذا وهب الرجل لرجلين دارا على عوض ألف درهم
وتقابضوا فذلك باطل في قول أبي حنيفة جائز في قولهما لان الشيوخ في الهبة بشرط العوض
كهو في الهبة بغير عوض وقد بينا هذا الخلاف في الهبة من رجلين بغير عوض في كتاب
الهبة (فكذلك في) الهبة بشرط العوض ولو وهب رجلان من رجل دارا على ألف درهم
وقبضا منه الالف مقسومة بينهما وسلموا اليه الدار جاز ذلك وللشفيع فيها الشفعة لانعدام
الشيوخ في الدار فالملك فيها واحد وانعدام الشيوخ في الالف حين قبض كل واحد منهما
نصيبه مقسوما ولو كانت الالف غير مقسومة لم يجز في قول أبي حنيفة لان الشيوخ فيما
يحتمل القسمة يمنع صحة التعويض كما يمنع صحة الهبة والالف محتمل للقسمة واذا اشترى
الرجل دارين صفقة واحدة وشفيعهما واحد فاراد أخذ أحدهما دون الاخرى فليس له
ذلك وكذلك لو كانت أرضين أو قرية وأرضها أو قريتين وأرضيهما وهو شفيع ذلك كله
بارض واحدة أو بارضين أو بدار واحدة أو بدور فانما له أن يأخذ ذلك كله أو يدع وقال
زفر له أن يأخذ أحدهما دون الاخرى والدور المتلازمة وغير المتلازمة في مصر واحد أو
مصرين في ذلك سواء بعد أن يكون ذلك صفقة واحدة فزفر يقول يثبت له حق الاخذ
في كل واحدة منهما وليس في أخذ أحدهما ضرر على المشتري لان أحدهما تنفصل عن
الاخرى فهو كما لو كان العقد في كل واحدة منهما صفقة على حدة ولكننا نقول المشتري
ملكهما صفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تفريق الصفقة عليه وكما لا يملك المشتري في حق
البائع تفريق الصفقة بقبول العقد في أحدهما دون الاخرى فكذلك لا يملك الشفيع ذلك
في حق المشتري بخلاف ما اذا كان العقد في صفقتين وهذا لان الانسان قد يشتري دارين
ورغبته ومنفتمته في أحدهما فاذا أخذ الشفيع تلك دون الاخرى تضرر المشتري باختيار
الشفيع والشفيع لا يملك الحاق الضرر بالمشتري فيما يأخذ بالشفعة ولم يذكر في الكتاب أنه
اذا كان شفيعا لأحدهما دون الاخرى فكان أبو حنيفة أولا يقول في هذه المسئلة له ان
يأخذها جميعا أو يدع لان الشفعة تثبت له في أحدهما ولو أخذها وحدها تفرقت الصفقة
على المشتري فيثبت حقه في الاخرى حكما لدفع الضرر عن المشتري ثم رجع فقال لا يأخذ

واحدة منهما لانه لا يمكن اثبات الشفعة له في احدهما بدون السبب وفي الاخرى لما فيه من تفريق الصفقة على المشتري ثم رجع فقال يأخذ الذي هو شفعيها خاصة وهو قول أبي يوسف ومحمد بمنزلة مالو اشتري عبدا ودارا صفقة واحدة كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة دون العبد وهذا لان تفرق الصفقة هنا لم يكن باختيار الشفيع بل هو بمعنى حكيم وهو أنه لم يتمكن من احدهما لانعدام السبب في احدهما بخلاف ما اذا كان شفيعا لهما جميعا والله أعلم بالصواب

باب شفعة أهل البنى

(قال رحمه الله الباغي والعاقل في استحقاق الشفعة وتسليمها سواء) لان أهل البنى مسلمون وهم من جملة أهل دار الاسلام وقد بينا أن لاهل الذمة الشفعة في دار الاسلام وأنهم في ذلك كالمسلمين فاهل البنى في ذلك أولى الا أن العاقل في عسكر أهل العدل والباغي في عسكر أهل البنى فكان بمنزلة الغائب ان علم فلم يبعث وكلا بطلت شفعة وان لم يعلم حتى اصطالحوا فهو على شفيعته اذا علم واذا كان الشفيع في غير المصر الذي فيه الدار المبيعة فجاء الى هذا المصر فطالب الشفعة وأشهد عليها ولم يقصد البلد الذي فيه البائع والمشتري فهو على شفيعته لانه أتى بما يحق عليه وهو عاجز عن اتباعها مع أنه لا فائدة له في ذلك لانه انما يتمكن من الاخذ في الموضع الذي فيه المبيع وكذلك ان قصد المصر الذي فيه البائع والمشتري فطلب الشفعة وأشهد ولم يقصد المصر الذي فيه الدار فهو على شفيعته وحاصل الكلام أنه بعد طلب المواثبة عليه أن يأتي بطلب التقرير وذلك بالشهاد عند الدار وعند المشتري أو البائع ان كانت الدار في يده وان كان قد سلمها فقد خرج البائع من الوسط ثم عند اختلاف الامصار والقري عليه أن يأتي أقرب الثلاثة منهم فيشهد فان ترك الأقرب وجاء الى الأبعد بطلت شفيعته كما لو ترك الطلب بعد العلم بالمبيع حتى قام عن مجلسه واذا كانوا في مصر واحد فان ترك الأقرب وأتى الأبعد فاشهد عنده ففى القياس كذلك تبطل شفيعته لان القليل من الاعراض والكثير في الحكم سواء وفي الاستحسان لا تبطل شفيعته لان المصر في حكم مكان واحد ولهذا لو شرط في السلم التسليم في المصر يكنى واذا اتخذ المكان حكما فلا متبر بالأقرب والابعد في ذلك واذا اشتري رجل من أهل البنى دارا من

رجل في عسكره والشفيع في عسكر أهل العدل لا يستطيع أن يدخل في عسكر البني فلم يطلب بعد العلم بالشراء أو لم يبعث وكيلًا فلا شفعة له لأنه كان متمكنًا من أن يبعث وكيلًا فإن كان لا يقدر على أن يبعث الوكيل أو على أن يدخل فله الشفعة لأنه مترك الطلب بعد التمكن منه فهو بمنزلة ترك الطلب قبل أن يعلم بالبيع ألا ترى أنهم لو كانوا في غير عسكر ولا حزب غير أن الشفيع في بلد آخر وبينهما قوم محاربون فلم يقدم وهو يقدر على أن يبعث وكيلًا يأخذ الشفعة أبطلت شفעתه أرأيت لو كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبة كنت أجعله على شفעתه وقد ترك الطلب بعد ما تمكن من ذلك بنفسه أو بوكيل يبعثه في هذا كله تبطل شفעתه بالأعراض عن الطلب والله أعلم بالصواب

باب الوكالة في الشفعة

(قال رحمه الله ويجوز للشفيع أن يوكل بطلب الشفعة والخصومة فيها وكيلًا كما يجوز أن يوكل بطلب سائر حقوقه فقد يحتاج إلى التوكيل في ذلك لقلة هدايته في الخصومات أو لكثرة اشتغاله ولا يقبل من وكيله البيعة على الوكالة إلا وخصمه معه) لأنه يقيم البيعة ليقضى له بالوكالة ولا يقضي ببيعة قامت لا على خصم حاضر وإذا أقر المشتري بشراء الدار وهي في يده وجبت الشفعة للشفيع فيها وخصمه الوكيل ولا أقبل من المشتري بيعة أنه اشتراها من صاحبها إذا كان صاحبها غائبًا لأن القضاء عليه بالشفعة باقراره لا يكون قضاء على الغائب بالبيع فإن من في يده عين إذا أقر بحق فيه لغيره قضى عليه باقراره والوكيل الذي حضر ليس بخصم من صاحب الدار فالقضاء على الغائب بالبيعة لا يجوز إلا بمحضر من الخصم حتى إذا أجرت الدار فأنكر ذلك أبطلت البيع والشفعة وردت الدار عليه لتصادقهم على أن أصل الملك كان له بعد أن يمان بالله ما باعه إلا أن تقوم عليه بيعة بمحضر منه وهذه البيعة مقبولة من الشفيع والمشتري جميعًا لأن المشتري يثبت عقده بالبيعة والشفيع يثبت حقه في الشفعة وإذا طلب وكيل الشفيع له الشفعة فقال المشتري أريد يمين الشفيع ما سلم لي فإنه يقضى عليه بالدار بهذا ويقال له انطلق فاطلب يمين الأمر وعن أبي يوسف قال لا يقضي بها حتى يحضر الشفيع ويحلف وهذه ثلاثة فصول (أحدها) ما بيننا (والثاني) وكيل صاحب الدين إذا طالب المدينون بإيفاء الدين وقال المدينون أريد يمين الموكل ما أبرأني فإنه يقضى عليه بالمال ويقال له انطلق

فاطلب يمين الطالب (والثالث) وكيل المشتري اذا اراد الرد بالعيب فقال البائع اريد يمين الموكل
مارضى بالعيب فله ذلك ولا يرد حتى يحضر المشتري فيحلف فابو يوسف يجعل مسألة الشفعة
نظير مسألة العيب لان في فصل الشفعة قضاء بالملك والمقد فان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء
كما أن الرد بالعيب قضاء بفسخ العقد واعادة المبيع الى ملك البائع وفي ظاهر الرواية سوي
بين الشفعة وقضاء الدين لان بالتسليم سقط الحق بعد الوجوب ولا ينعدم السبب كما في
البراء عن الدين بخلاف الرد بالعيب فهناك ينعدم السبب المثبت لحق الرد وهو حق المشتري
في المطالبة بتسليم الجزء الفائت يوضح الفرق أن هناك لو فسخ العقد نفذ قضاؤه بالفسخ لقيام
السبب وهو العيب فيتضرر به البائع ضرر لا يمكنه دفعه عن نفسه لانه لا يطالب المشتري
بالمين بعد ذلك لخلوه عن الفائدة فانه وان نكل لا يعود العقد وفي مسألة قضاء الدين لو أمر
المدينون بقضاء الدين لا يتضرر بذلك ضررا ابطال حقه في المين بل هو على حقه من استحلاف
الطالب ومتى نكل د عليه المال وكذلك في مسألة الشفعة فالمشتري لا يتضرر بالقضاء بالشفعة
من حيث ابطال حقه في المين بل هو على حقه في استحلاف الشفيع واذا نكل رد عليه الدار
فهذا لا يتأخر القضاء بالشفعة لاجل يمين الموكل واذا قضى القاضي للوكيل بالشفعة فأبى المشتري
أن يكتب له كتابا كتب القاضي بقضائه كتابا وأشهد عليه الشهود كما أنه يقضى له بالشفعة وان
كان المشتري متمنا من التسليم والالتقياد له فكذلك يكتب له حجة بقضائه ويشهد على ذلك
نظرا له واذا كان في سائر الخصومات يعطى القاضي المقتضى له سجلا اذا التمس ذلك ليكون
حجة له فكذلك في القضاء بالشفعة يعطيه ذلك واذا أقر المشتري بالشراء وقال ليس لفلان
فيها شفعة سألت الوكيل البيعة عن الحق الذي وجبت له بالشفعة من شركة أو جوار لأنه
لا يتوصل الى اثبات حق الموكل الا باثبات سببه فاذا أقامها قضيت له بالشفعة وذلك بان
يقيم البيعة على أن الدار التي الى جنب الدار المبيعة ملك لموكله فلان فاذا أقام البيعة أن الدار التي
الى جنب الدار المبيعة في يد موكله لم أقبل ذلك منه لان الملك لا يثبت له فيها بهذه البيعة
فلا يبدى تنوع ولو علم القاضي انها في يده لم يقض له بالشفعة بذلك فكذلك اذا أثبت اليد بالبيعة
وأصل هذه المسئلة ان المشتري أنكر كون الدار التي في يد الشفيع ملكا له ففي ظاهر الرواية
لا يقضي القاضي للشفيع بالشفعة حتى يثبت ملكه بالبيعة وعن أبي يوسف أن القول قول
الشفيع في ذلك فيقضى له بالشفعة وهو قول زفر لان طريق معرفة الملك اليد ولهذا تجوز

الشهادة بالملك لذي اليد باعتبار يده وكما أن القاضي لا يقضي إلا بعلم فالشاهد لا يجوز أن يشهد إلا بعلم ثم باعتبار ظاهر اليد يجوز للشاهد أن يشهد بالملك فكذا لا يجوز للقاضي أن يقضي بالملك لذي اليد وبقضائه بهذا يظهر استحقاق الشفعة وإذا كان يقضي لذي اليد بالملك إذا حلف مع وجود خضم ينازعه فيها ويدعيها لنفسه فلا يجوز له القضاء بذلك في موضع ليس هناك خصم يدعيها لنفسه أولى وجه ظاهر الرواية أن الملك باعتبار اليد يثبت من حيث الظاهر والظاهر حجة لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق على الغير ولهذا جعلنا اليد حجة للمدعي عليه ليدفع بها استحقاق المدعي وحجة في حق الشاهد ليدفع بها استحقاق من ينازعه وحاجة ذي اليد هنا إلى إثبات الاستحقاق فيما في يد الغير والظاهر لا يكفي لذلك فلا بد من أن يثبت الملك بالبيينة وهو نظير مالو طعن المشهود عليه في الشاهد أنه عبد يحتاج إلى إقامة البيينة على الحرية لأن ثبوت حريته باعتبار الظاهر فلا يصلح للالزام وإذا وجد قتيل في دار إنسان فذكر على عاقلته كون الدار له يحتاج إلى إثبات الملك بالبيينة ليقضي بالدية على عاقلته فهذا نظيره (قال ولا أقبل في ذلك شهادة ابني الوكيل وأبويه وزوجته ولا شهادة ابني الموكل وأبويه وزوجته ولا شهادة المولى إذا كان الوكيل والموكل عبدا له أو مكاتباً) لأنهم متهمون في ذلك فانهم يشهدون لحق الموكل ويثبتون حق الأخذ للوكيل فلهذا لا تقبل في ذلك شهادة الفريقين وإن أقام البيينة أن ثقلان نصيباً من الدار ولم يبين كم هو لم أقض له بالشفعة لأن القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول فالنصيب المشهود به مجهول وما لم يقض له بالملك في الدار أو في بعضها لا يتمكن من القضاء بالشفعة فإن قال المشتري حلف الوكيل ما أعلم أن صاحبه سلم الشفعة فلا يمين عليه لأن التسليم مدعى على الموكل ولو استحلف الوكيل في ذلك كان بطريق النيابة ولا نيابة في الإيمان وكذلك لو قال حلفه ما سلم هو لأن تسليمه عند غير القاضي باطل فلا معنى للاستحلاف في دعوى تسليم باطل ولو شهد رجلان على الوكيل أنه سلم عند غير القاضي ثم عزل قبل أن يقضي عليه لم يجز ذلك لأنهم شهدوا بتسليم باطل فإن تسليم الوكيل الشفعة عند محمد باطل وعند أبي حنيفة لا في مجلس القضاء باطل وما يختص بمجلس القضاء إذا عزل القاضي قبل أن يقضى به فهو باطل وهو مالو وجد في غير مجلس القاضي في الحكم سواء كرجوع الشاهد عن الشهادة فإنه كما لا يصح في غير مجلس القاضي فكذلك لا يصح إذا وجد في مجلس القاضي وعزل قبل أن يقضى به ولو أقر هذا الوكيل في مجلس هذا القاضي أنه سلم

عند فلان القاضي ثم عزل أو أنه سلم عند غير القاضي جاز ذلك عليه بمنزلة الرجوع عن الشهادة في قول أبي حنيفة ومحمد لأن هذا يجعل بمنزلة ابتداء التسليم منه فإن كان من أقر بشيء يملك إنشاءه يجعل كالمثني لذلك ومراده من ذكر قول محمد مسألة الرجوع لا مسألة تسليم الشفعة فقد بينا أن عند محمد تسليم الوكيل باطل وإذا شهدا بنا الوكيل أو ابنا الموكل أن الوكيل قد سلم الشفعة أجزت شهادتهما لأنها يشهدان على أبيهما ولا يجوز شهادته ابني الموكل على الوكالة ولا شهادة ابني الوكيل لأن ابني الوكيل يشهدان صدق أبيهما في دعوى الوكالة ويشهدان له حتى لا يأخذ بالشفعة وابني الموكل ينصبان نائباً عن أبيهما ليأخذ الدار بالشفعة وليس للوكيل بطلب شفعة في دار أن يخصم في غيرها لأن الوكالة تنفذ بالتقييد وقد بينا قيد الوكالة بالدار التي عينها وهو يشهد الوكيل فيه مناب نفسه وقد يرضي الإنسان بكون الغير نائباً عنه في بعض الخصومات دون البعض ولو وكله بالخصومة في كل شفعة تكون له كان ذلك جائزاً لأنه عم التوكيل والوكالة تقبل التعميم وله أن يخصم في كل شفعة تحدث له كما يخصم في كل شفعة واجبة له لعموم الوكالة بمنزلة التوكيل بقبض علاته ولا يخصم بدين ولا حتى سوى الشفعة لتقييد الوكالة بالشفعة إلا في تثبيت الوكيل الحق الذي يطلب به الشفعة لأنه لا يتوكل إلى الخصومة بالشفعة إلا بذلك فتعدي الوكالة إليه ضرورة وإذا وكل رجل رجلاً يأخذ له داراً بالشفعة ولم يعلم الثمن فأخذها الوكيل بثمن كثير لا يتغابن الناس فيه بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض فهو للموكل أما إعلام الثمن ليس بشرط في صحة التوكيل بالشراء مع أن ذلك لا بد منه في الشراء فلا ن لا يشترط ذلك في التوكيل بالأخذ بالشفعة وهو ليس بشرط في الأخذ بالشفعة أولى ثم الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي يملك المشتري الدار به فالتوكيل بالأخذ بمنزلة التنصيص على ذلك والوكيل ممثّل سواء كان بقضاء أو بغير قضاء قل الثمن أو كثير بوضعه أن الوكيل بالشراء إذا اشترى بأكثر من قيمته إنما لا ينفذ شراؤه على الموكل لتمكين التهمة فمن الجائز أنه اشترى لنفسه فلما علم بفلاء الثمن أراد أن يلزم الأمر وهذا المعنى لا يوجد في حق الوكيل بالأخذ بالشفعة لأنه لا يملك أن يأخذها لنفسه وإذا وكل رجل غير الشفيع أن يأخذ الدار له بالشفعة فظهر الشفيع ذلك فليس له أن يأخذها لنفسه وإذا وكل رجل غير الشفيع طلبه لغيره تسليم منه للشفعة كأنما يطلب البيع من الموكل ولو طلب البيع لنفسه كان به مسلماً لشفعته فإذا طلبها لغيره أولى ولما كان إظهاره بذلك بمنزلة التسليم للشفعة

استوى فيه أن يكون المشتري حاضرا أو غير حاضر فإن أسر ذلك حتى أخذها ثم علم بذلك فإن كان المشتري سلمها اليه بغير حكم فهو جائز وهي للامر لأنه ظهر أنه كان مسلما شفيعته ولكن تسليم المشتري اليه سمحا بغير قضاء بمنزلة البيع المبتدأ فكأنه اشتراها الأمر بهد ما سلم الشفعة وإن كان القاضي قضى بها فإنها ترد على المشتري الأول لأنه لما ظهر أنه كان مسلما شفيعته تبين أن القاضي قضى على المشتري الأول بغير سبب فيكون قضاؤه باطلا فيرد الدار عليه وإذا كان للدار شفيهان فوكل رجلا واحدا يأخذها لهما فسلم شفعة أحدهما عند القاضي وأخذها كلها للآخر فهو جائز لأن كل واحد منهما أقامه مقام نفسه فتسلمه شفعة أحدهما عند القاضي كتسليم الموكل وبمد ما سقط حق أحدهما يبقى حق الآخر في جميع الدار فإذا أخذها الوكيل له جاز وإن قال عند القاضي قد سلمت شفعة أحدهما ولم يبين أيهما هو أو قال إنما أطاب شفعة الآخر لم يكن له ذلك حتى يبين أيهما سلم نصيبه ولا يمين يأخذ أما تسليمه شفعة أحدهما له صحيح لأن تسليم الشفعة اسقاط مبنى على التوسع فالجهاالة المحصورة في مثله لا تنع الصحة ولكنه لا يتمكن من أخذها للمجهول منهما لأن بالأخذ ثبت الملك للموكل والقضاء بالملك للمجهول لا يجوز فهذا لا بد للوكيل من أن يبين لهما يأخذ وإذا وكل الشفيع المشتري بالأخذ بالشفعة لم يكن له وكيلا في ذلك لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والإنسان لا يكون وكيلا عن غيره في الشراء من نفسه لما فيه من تضاد أحكام الأحكام ولو وكل البائع بالأخذ بالشفعة جاز ذلك في القياس لأن البائع بتسليم الدار إلى المشتري قد خرج من هذه الخصوصية والتحق باجنبي آخر وفي الاستحسان لا يجوز ذلك لأن البائع لا يأخذ الشفعة لنفسه ومن لا يملك شراء شيء لنفسه لا يملك ذلك لغيره وهذا لأنه توكيل في بمض ما قد تم به وهو البيع وإذا وكل الذي المسلم بطلب الشفعة لم تقبل شهادة أهل الذمة على الوكيل المسلم بتسليم الشفعة لأنهم يشهدون على المسلم بقول منه وهو منكر لذلك وشهادة أهل الذمة لا تكون حجة على المسلم وإن كان الذي هو الوكيل وقد أجاز الشفيع ما صنع الوكيل قبلت شهادتهم وأبطلت الشفعة لأن الوكيل لو أقر بذلك جاز إقراره فإن الموكل أجاز صنعه على العموم مطاقا فكذلك إذا شهد عليه بذلك أهل الذمة لأن شهادتهم على الذي في آيات كلامه حجة وإذا وكل رجل رجلا بطلب شفعة له فأخذها ثم جاء مدعى يدعي في الدار شيئا فالوكيل ليس بخصم له لأن الوكالة قد انتهت بالأخذ بالشفعة فبقيت الدار في يده أمانة والأمين لا يكون خصما للمدعى

ولو وجد بالدار عيبا كان له أن يردها به ولا ينظر في ذلك الى غيبة الذى وكله لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وما دام المبيع في يد الوكيل بالشراء فهو في حكم الرد بالعيب كالمشتري لنفسه واذا قال قد وكلتك بطلب الشفعة بكذا درهما وأخذ فان كان الشراء وقع بذلك أو باقن فهو وكيل وان كان باكثر فليس بوكيل لان الاخذ بالشفعة يكون بالثمن الذى وقع الشراء به والوكيل بشراء عين بعشرة يملك الشراء بأقل من عشرة ولا يملك الشراء باكثر بعشرة للموكل فاذا كان الثمن أكثر مما سمى فقد وكله بما لا يقدر عليه وعلى الوكيل القيام به فيصح التوكيل وكذلك ان قال وكلتك بطلبها ان كان فلان اشتراها لان هذا مقيد فالانسان قد يتمكن من الخصومة مع شخص ولا يتمكن من الخصومة مع غيره وقد يرغب الشفيع في الأخذ اذا كان المشتري إنسانا بعينه ولا يرغب اذا كان المشتري غيره فلهذا اعتبرنا تقييده واذا كانت الشفعة لورثة منهم الصغير والكبير والحمل الذى لم يولد بعد فهم في الشفعة سواء لان الجنين من أهل الملك بالارث فباعثار الملك يتحقق سبب استحقاق الشفعة من جوار أو شركة واذا وضعت الحبلى حملها وقد ثبت نسبه من الميت شاركهم في الشفعة وان كان الوضع بعد البيع لاكثر من ستة أشهر لانا لما حكمنا بثبوت نسبه من الميت فقد حكمنا بالارث له وبكونه موجودا عند البيع فهو بمنزلة ما لو كان بعض الشركاء في الدار غائبا أخذ الحاضر الدار المبيعة ثم حضر الغائب فله أن يأخذ حصته في ذلك وان اشترى دارا تجارية وتقاضا ثم ولدت الجارية لأقل من ستة أشهر بعد الشراء وادعاه البائع أبطلت البيع والشفعة وان كتب قد وصيت بها قبل ذلك لان حصول الملق من ملك بائعها يثبت له حق استحقاق النسب وذلك ينزل منزلة البيعة في ابطال ما يحتمل النقص والقضاء بالشفعة يحتمل النقص كنفس البيع ثم بدعوى النسب يتبين ان البيع كان فاسدا من الاصل لانه باعها بام الولد وبالبيع الفاسد لا يستحق الشفعة وقد بينا في الاستحقاق نظيره فكذلك اذا أثبت الولد لامته واذا وكل الرجل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه فله أن يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك لان مطلق التوكيل ينصرف الى المتعارف وفي العرف يراد جميع ذلك ألا ترى انه لو وكله بتقاضى كل علة له أو يبتعها دخل فيه ما يحدث وكذلك لو وكله بالخصومة في كل ميراث له واذا وكله بماله ولم يرد على هذا في القياس التوكيل باطل لان ما وكله به مجهول جهالة مستديمة له والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل في ذلك وفي الاستحسان

هذا توكيل بالحفظ لان هذا القدر متيقن به لان المال محفوظ عند كل مالك فاذا اطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراده الحفظ فيما وراء ذلك من الخصومة والبيع وتقاضي الدين شك بلا بينة وان قال تقاضي ديني أو أرسله يتقاضاه أو وكله فهو سواء لان التوكيل بالتقاضي معبر عن موكله ولا يلحقه في ذلك عهدة كالرسول وله أن يتقاضاه ولا يشتري به شيئا ولا يوكل بقضه أحدا من غير عياله لانه تصرف فيه سواء أمره به وله أن يوكل به عبده أو ابنه أو أجيريه الذي هو في عياله بمنزلة ماله قبض بنفسه ثم دفع الى أحد من هؤلاء وهذا لانه أمين فيما يقبض كالمودع في الوديعة واذا وكله بتقاضي دين له على رجل بعينه وسمي له ماعليه لم يكن له أن يطالبه بما يحدث له عليه لانه قيد التوكيل بما سمي له وهو تقييد مقيد فقد يأمن الانسان غيره على القليل من ماله دون الكثير واذا وكله بتسليم شفعة له فجاء الوكيل وقد عرف بناء الدار أو احترق نخل الارض فآخذ بجميع الثمن فلم يرض به الموكل فهو جائر على الموكل لا يستطيع رده لانه يمثل أمره فانه لا يتمكن من الاخذ بعد ما احترق البناء الا بجميع الثمن فيكون فله في الاخذ كفعل الموكل ولانه غير متهم في هذا اذ لا يتمكن من أخذها لنفسه بالشفعة وبه يستدل أبو حنيفة في الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشتراه بأكثر من قيمته وكذلك لو جعله حرا أو وصيا في الخصومة في حياته وطلب الشفعة فهذه عبارات عن الوكالة والمعتبر المعنى دون العبارة فله أن يقبضها وينفذ الثمن ويرجع به على الموكل واذا وكل رجلين بالشفعة فلا حدهما أن يخصم بمنزلة الوكيلين بالخصومة لانهما لو حضرا مجلس القاضي لم يتكلم الا أحدهما فانهما لو تكلما جميعا لم يفهم القاضي كلامهما ولا يأخذ أحدهما دون الآخر بمنزلة الوكيلين بالشراء واذا لم أحدهما الشفعة عند القاضي جاز على الموكل لان صحة التسليم من الوكيلين بطريق انه من الخصومة معنى ولهذا اختص بمجلس القاضي وكل واحد منهما وكيل تام في الخصومة كأنه ليس معه غيره واذا وكله بغيره بطلب الشفعة لم يكن له أن يوكل غيره الا أن يكون الامر أجاز له ما صنع بمنزلة ماله وكله بالشراء وان كان قال له ذلك فالتوكيل من صنعه فان وكل وكلا وقال له مثل ذلك لم يكن للوكيل الثاني أن يوكل غيره لان الموكل أجاز صنع الوكيل الاول ولم يجز صنع الوكيل الثاني وهذا اللفظ يعتبر في تصحيح التوكيل من الوكيل الاول لان ذلك من صنعه ولا يعتبر في تنفيذ اجازة الاول ما صنع الوكيل الثاني على الامر لان ذلك وراء اجازة ما صنع الوكيل الاول والحاصل أن الانسان في حق الغير لا يسوى غيره

بنفسه ولهذا لا يوكل عند اطلاق التوكيل فلو جوزنا من الاول اجازته ما صنع الثاني كان مسويا له بنفسه في حق الغير وذلك لا يجوز واذا طلب المشتري من الوكيل أن يكف عنه شهرا أو سنة على أنه على خصومته وعلى شفيعته ففعل الوكيل ذلك لم تبطل به شفعة صاحبه لانه لو طلب هذا من الموكل فأجابه اليه لم تبطل به شفيعته وهذا لان التأخير انما جملته محمد مبطلا للشفعة لدفع الضرر عن المشتري وينعدم ذلك عند التماس المشتري بطلبه وان مات الوكيل قبل الاجل ولم يعلم صاحبه بموته فهو على شفيعته فاذا مضى الاجل وعلم بموته فلم يطلب أو يبعث وكلا آخر يطلب له فلا شفعة له كما كان الحكم في الابتداء قبل أن يبعث هذا الوكيل ومقدار المدة له في ذلك مقدار المشتري من حيث هو على سير الناس لانه لا يتمكن من الطلب الا بذلك وانما يلزمه الطلب بحسب الامكان والله أعلم

باب شفعة أهل الكفر

(قال رحمه الله واذا اشترى الكافر دارا بخمر أو خنزير وشفيعها كافر أخذها بخمر بمثل تلك الخمر وبقيمة الخنزير) لان الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم فالبيع بهما صحيح بينهم ثم الشفيع يأخذ بمثل ما يملك به المشتري صورة ومعنى فيما له مثل فالخمر بهذه الصفة فهي مكيلة أو موزونة وبالمثل معنى فيما لا مثل له من جنسه والخنزير من هذه الصفة فانه حيوان ليس من ذوات الالهة يأخذها بقيمته وان اشتراها بمئة أو دم فلا شفعة فيها لانها ليست بمال متقوم في حقهم فالشراء بها يكون باطلا وبالعقد الباطل لا تجب الشفعة وان اشتراها بخمر وشفيعها مسلم وكافر فهما سواء في الشفعة لان الاخذ بالشفعة من المعاملات وهم في ذلك يستوون بالمسلمين والمقصود دفع ضرر سوء المجاورة وحاجة الذي الى ذلك كحاجة المسلم فيأخذ الذي نصفها بمثل نصف الخمر والمسلم نصفها بنصف قيمة الخمر اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه يعجز المسلم عن تمليك عن الخمر وقدر الكافر على ذلك فان أسلم الشفيع الكافر قبل أن يأخذها لم تبطل شفيعته لان الاسلام سبب لنا كد حقه لا لابطاله ولكن يأخذ بقيمة الخمر لانه قد عجز عن تمليك عين الخمر بعد اسلامه فيأخذ بالقيمة كما لو كان مسلما عند العقد ألا ترى أن المسلم لو اشترى دارا بكر من رطب فجاء الشفيع بعد ما انقطع الرطب من أيدي الناس فانه يأخذها بقيمة الرطب بهذا المعنى واذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير

مقبوضة والدار مقبوضة أو غير مقبوضة انتقض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد
 فالأصل لا يمنع قبض الحجر بحكم البيع كما يمنع العقد على الحجر ولكن لا يبطل حق الشفيع في
 الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط لبقاء حق الشفيع
 في الشفعة كما لو اشترى دارا بعبد فمات العبد قبل التسليم في الحجر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه
 وذلك انتقض البيع ولم يبطل به حق الشفيع فيأخذها الشفيع بقيمة الحجر ان كان هو مسلما
 أو كان المأخوذ منه مسلما للمذمر تملك عين الحجر بينهما وان كانا كافرين أخذها بمثل تلك الحجر
 لأن من أسلم من المتعاقدين قد تعذر القبض والتسليم في الحجر بينه وبين الآخر بسبب اسلامه
 وذلك غير موجود بين الشفيع والمأخوذ منه ولو كانا كافرين وإذا كان اسلام أحد المتعاقدين
 بعد قبض الحجر قبل قبض الدار فالبيع بينهما يبقى صحيحا لأن حكم العقد في الحجر ينتهي بالقبض
 والاسلام لا يمنع قبض الدار فإذا اشترى الدار ببيعة أو كنيسة أو ثبت بان ثم حضر الشفيع فله
 أن يأخذها بالشفعة لأن حقه مقدم على حق المشتري وهو متمكن من بعض ما المشتري
 وتصرفه ألا ترى ان المسلم لو كان جعل الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها
 بالشفعة فهذا أولى لأن اتخاذ البيعة معصية ليس فيها معنى الطاعة ولو مات المشتري فبيعت
 الدار في دينه ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذها بالبيع الأول ويبطل البيع الثاني كما لو كان
 المشتري هو الذي باعها بنفسه ولو كان المشتري للدار بالحجر ذميا فأسلم وارثه بعد موته كان
 للشفيع أن يأخذها بقيمة الحجر كما لو كان المشتري هو الذي أسلم بنفسه وإذا اشترى الذي من
 الذي دارا بخمر وتقابضا ثم صارت خلا وأسلم البائع والمشتري ثم استحق نصف الدار فتهول
 ان كان المشتري هو الذي أسلم ولم يسلم البائع أو أسلم البائع بعد اسلام المشتري أو أسلما معا
 بقي النصف المستحق ويأخذ المشتري نصف الخل فقط لأن بالاستحقاق ينتقض العقد من
 الأصل وخمر المسلم لا يكون مضمونا على الكافر فهو كما لو غصب من مسلم خمر فتخللت
 فانه يأخذ الخل ولا شيء له غيره فاما في النصف الذي لم يستحق المشتري بالخيار لبعض الملك
 عليه فان اختار فسخ العقد رجع بنصف الخل لما بينا ان الحجر لا تكون مضمونة له على أحد
 وهذا اذا كانت الحجر بعينها فان كانت بغير عينها فلا خيار له في النصف الباقي لانه لو ردها
 ردها بغير شيء ولا سبيل له على الخل لأن العقد ما يتناول هذا بعينه وانما تناول خمر في
 الذمة فعند الفسخ يعود حقه في ذلك والحجر لا يجوز أن يكون دينا للمسلم على آخر فاما

إذا كان البائع هو الذي أسلم دون المشتري أو أسلم البائع أولاً ثم المشتري فكذلك الجواب عند أبي يوسف فاما على ما رواه زفر وعافيه عن أبي حنيفة من الفرق بين اسلام الطالب والمطلوب فقول في النصف المستحق بالخيار ان شاء أخذ نصف الخل وان شاء ضمن البائع نصف الخمر لانه يتبين أن البيع في هذا النصف كان باطلا والخمر تكون مضمونة لكافر على المسلم وقد تغير المقبوض في يده حين تخللت فان شاء رضي بالتغير وبأخذ نصف الخل وان شاء ضمنه نصف قيمه الخمر وفي النصف الذي لم يستحق يتخير لبعض الملك فان فسخ العقد وكانت الخمر بعينها تخير بين أن يأخذ بنصف الخل وبين أن يرجع بنصف قيمة الخمر للتغير في ضمان البائع وان كان الخمر بغير عينها فاذا فسخ العقد رجع بنصف قيمة الخمر لا غير لان العقد ما يتناول هذا العين وعند الفسخ انما يرجع بما يتساوله العقد فلهذا يرجع بنصف قيمة الخمر فان كان البائع قد استهلك الخل في المعين له أن يرجع عليه بمثله لان الخل من ذوات الامثال وان لم يقدر على مثله فالرجوع بقيمته وهو على التخرج الذي بينا واذا باع الذي كنيسته أو بئمة أو بيت نار فالبيع جائز وللشفيع فيها الشفعة لانهم أعدوا هذه البقعة للمعصية فلا تزول عن ملكهم بذلك وجواز البيع فيها كجوازه في دارهم بخلاف المساجد في حق المسلمين فالمسجد يتجرد عن حقوق العباد ويصير لله تعالى خالصا وهذا لان صيرورة البقعة لله تعالى يجعلها مدة لطاعة الله تعالى فيها لا للشرك والمعصية (قال وصاحب الطريق أولى بالشفعة من صاحب مسيل الماء) لان عين الطريق مملوك لصاحبه وصاحب الطريق شريك في حقوق المبيع فاما صاحب المسيل له حق سيل الماء في ملك الغير ولا شيء له من ملك ذلك الموضع والشفعة لا تستحق بمثله كجار السكنى وصاحب المسيل باعتبار ملكه جار لا تنص ملكه بالدار المبيعة والشريك في حقوق المبيع مقدم على الجار وكذلك صاحب العلو والسفل اذا لم يكن طريقه في الدار فكل واحد منهما جار لصاحبه بمنزلة بيتين متجاورين على الارض وقد تقدم بيان الكلام في استحقاق العلو بالشفعة وصاحب الجذع في حائط من حيطان الدار أو الهوادي بمنزلة الدار لانه في معنى المستعير بوضع الهوادي على ملك الغير فلا تستحق الشفعة باعتباره وقد بينا الفرق بينه وبين الشريك في أصل الحائط فان الشريك في أصل الحائط شركته في نفس المبيع فهو أولى من الشريك في الطريق لان شركته في حقوق المبيع واذا اشترى مسلم من مسلم أرض عشر ولها شفعاء ثلاثة مسلم وذمي وثلثي فاخذوها جميعا بالشفعة فعلى

المسلم العشر في حصته ويضعف على الثعلبي العشر ويؤخذ من الذمي الخراج في حصته عند أبي حنيفة بمنزلة مالو اشترى كل واحد منهم مقدار نصيبه ابتداء وهذا على ما بينا على ما تقدم بيانه في كتاب الزكاة أن الذمي اذا اشترى أرض عشر فانها تصير خراجية عند أبي حنيفة ولكن هذا اذا انقطع حق المسلمين عنها حتى لو كان البيع فاسدا أو كان شفعيها سلمها فآخذها بالشفعة فهي عشرية كما كانت فاما اذا انقطع حق المسلم عنها فانها تكون خراجية وفي الكتاب يقول سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع حتى اذا وجد بها عيب ليس له أن يردّها وفي غير هذا الموضع ذكر أنه ان وضع عليها الخراج فليس له أن يردّها بالعيب لان الخراج في الارض عيب وانما يتقرر فيها بالوضع فاذا وضع فهذا عيب حدث فيها في يد كما انقطع المشتري اذا لم يوضع عليها الخراج فله أن يردّها بالعيب وتكون عشرية كما كانت فاما في هذه الرواية كما انقطع حق المسلم عنها صارت خراجية لان الاراضي في دار الاسلام اما أن تكون عشرية أو خراجية وهي في ملك الكافر لا تكون عشرية فتكون خراجية سواء وضع عليها الخراج أو لم يوضع فليس له أن يردّها ولكن يرجع بنقصان العيب بخلاف ما اذا كان البيع فاسدا أو كان لمسلم فيها شفعة لانها بقيت عشرية لبقاء حق المسلم فيها والحق كالمالك في بعض الفصول واذا اشترى الرجل أرضا أو دارا فوجد فيها حائطا واهيا أو جندعا منكسرا أو تخلّة منكسرة أو عيبا ينقص الثمن فردّها كان الشفعي على شفّعه لان أصل البيع كان صحيحا واستحقاق الشفعة به وقد بينا أن بقاء المبيع ليس بشرط لبقاء حق الشفعي ألا ترى أن البيع قد يفسخ بأخذ الشفعي وهو ما اذا أخذوها من يد البائع وقال أبو يوسف اذا اشترى الذمي أرض عشر فعليه العشر مضاعفا وان وجد بها عيبا ردّها لان التضعيف فيها ليس بلازم ألا ترى أنه لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بمنزلة الثعلبي يشتري سائمة فالتضعيف لا يكون لازما فيها واذا كان بالرد يعود الى عشر واحد كما كان لا يتمتع الرد بالعيب ولهذا قال لو باعها من مسلم عادت الى عشر واحد بخلاف قول أبي حنيفة في الخراج فان صفة الخراج في الارض تلزم على وجه لا يتبدل بتبدل المالك بعد ذلك فاذا باع المرتد دارا فقتل أو مات أو لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يلزمه فيه الشفعة في قول أبي حنيفة بخلاف ما اذا اشترى المرتد دارا لان توقف المقدع عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البائع فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للبائع فلا تجب به الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى بيع بشرط الخيار للمشتري فتجب الشفعة فيه

للشفيع سواء نقض البيع أو تم وان أسلم المرتد البائع قبل أن يلحق بدار الحرب جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط بإسلامه ولو كان إسلامه بعد ملحق بدار الحرب وبعد قسمة ماله لم يكن للشفيع فيها شفعة لان انتقاض البيع تأكد بقضاء القاضي وعند أبي يوسف ومحمد بيعه جائز وللشفيع فيها الشفعة أسلم أو لحق بدار الحرب وإذا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيها وقتل في رده أو مات أو لحق بدار الحرب فلا شفعة فيها له ولا لورثته لان لحاقه كوته والشفعة لا تورث ولو كانت امرأة مرتدة وجبت لها الشفعة فاحقت بدار الحرب بطلت شفعتها لان لحاقها كوتها من حيث أنه لا تستحق نفسها بالحاق حتى يسترق وان كانت لا تقبل وان كانت المرتدة بالعة للدار فللشفيع الشفعة لان بيعها صحيح لازم أسلمت أو ماتت وان كان الشفيع مرتدا أو مرتدة فسلم الشفعة جاز أما في المرتدة فظاهر ولا المرتد لا فائدة في توقف تسليم الشفعة لانه ان أسلم فتسلمه صحيح وان مات فالشفعة في تورث وانما يوقف من تصرفاته ما يكون في توقفه فائدة ولو لم يسلم وطلب أخذ الدار بالشفعة لم يقض له القاضي بذلك الا أن يسلم لان هذا منه اصرار على الردة إلا أن يقضى له بالشفعة وليس للامام أن يقره على الردة في شيء من الاوقات ثم القضاء بالشفعة لدفع الضرر عن الشفيع والمرتد يلحق به كل ضرر فلا يشتغل القاضي بدفع الضرر عنه مالم يسلم فان أبطل القاضي شفيعه ثم أسلم فلا شفعة له لان الإبطال من القاضي صحيح على وجه الاضرار به وحرمانه الرق الشرعي فيكون ذلك لتسليمه بنفسه أو أقوى منه وان وقفه القاضي حتى ينظر ثم أسلم فهو على شفيعته لان القاضي لم يبطل حقه وانما امتنع من القضاء له بها فاذا أسلم فهو على حقه وهذا اذا كان طلب الشفعة حين علم بالشراء فان لم يكن طلب الى أن أسلم فلا شفعة له لتركه طلب الموائبة بعد علمه بالشراء ولو لحق المرتد بدار الحرب ثم بيعت الدار قبل قسمة الميراث ثم قسم ميراثه كان لورثته الشفعة لان الملك لهم في الميراث من حين لحق المرتد ولهذا يعتبر قيام الوارث في ذلك الوقت حتى أن من مات من ورثته بعد لحاقه يكون نصيبه ميراثا عنه ومن أسلم من أولاده بعد لحاقه لم يكن له ميراث فعرفنا أن الميراث له من حين لحق المرتد والبيع وجد بعد ذلك فالشفعة فيها للوارث بمنزلة التركة المستغرقة بالدين اذا بيعت دار بجانب دار منها ثم سقط الدين كان للوارث فيها الشفعة واذا اشترى المرتد دارا من مسلم أو ذمى بخمر فالبيع باطل ولا شفعة فيها لان المرتد مجبر على العود الى الاسلام

فهو في التصرف في الخمر كالمسلم فان نفوذ تصرف الكافر في الخمر باعتبار البناء على اعتقاده
والمرتد غير مقرر على ما اعتقده فلا ينفذ تصرفه فيها والحربي المستأمن في وجوب الشفعة له
وعليه في دار الاسلام سواء بمنزلة الذمي لانه من جملة المعاملات وهو قد التزم حكم
المعاملات مدة مقامه في دارنا فيكون بمنزلة الذمي في ذلك فان اشترى المستأمن من دار
الحرب أو لحق بدار الحرب فالشفيع على شفيعته متى لحقه بدار الحرب لان لحاقه بدار الحرب
كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع فان كان وكل بالدار من يحفظها ويقوم
عليها فلا خصومة بينه وبين الشفيع لانه أمين فيها والأمين لا يكون خصما لمن يدعى حقا
في الامانة كما لا يكون خصما لمن يدعى رقبته واذا اشترى المسلم في دار الحرب دارا وشفيعها
مسلم بدار له ثم أسلم أهل الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة من أحكام الاسلام
وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب ولان المشتري مستول عليها واستيلاؤه على ملك المسلم
في دار الحرب يزيل ملك المسلم فعلى حقه أولى أن يكون مبطلا حق المسلم واذا اشترى المسلم
في دار الاسلام دارا وشفيعها حربي مستأمن فلحق بدار الحرب بطلت شفيعته لان لحوقه
بدار الحرب كموته كمن هو من أهل دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت
وبموته تبطل شفيعته علم بالشراء أو لم يعلم ولان تبين الدارين يقطع العصمة ويبطل من الحقوق
المتأكدة ما هو أقوى من الشفعة كالنكاح ثم المسلم المشتري مستول على الدار ولو استولى على
ملك الحربي بطل به ملكه فلان يبطل به حقه أولى واذا اشترى الحربي المستأمن دارا
وشفيعها حربي مستأمن فلحقا جميعا بدار الحرب فلا شفعة للشفيع فيها لان لحاق الشفيع
بدار الحرب كموته فيما هو في دار الاسلام وان كان المشتري مع الشفيع في دار الحرب فان
كان الشفيع مسلما أو ذميا فدخل دار الحرب فهو على شفيعته اذا علم لان المسلم والذمي من
أهل دار الاسلام فدخله دار الحرب غيبة منه وغيبة الشفيع لا تبطل شفيعته اذا لم يكن عالما
بها فان دخل وهو يعلم فلم يطلب حتى غاب بطلت شفيعته لتركه الطلب بهد ما تمكن منه لا
لدخوله دار الحرب واذا بطلت الشفعة ثم عرض له سفر الى دار الحرب أو الى غيرها فهو على
شفيعته اذا كان على طلبه لان حقه قد تقرر بالطلب وقد بينا اختلاف الرواية في هذا الفصل
فان كان المشتري آخره مدة معلومة فهو على شفيعته عندهم جميعا لان عند محمد بمضى شهر
انما تبطل شفيعته لدفع الضرر عن المشتري فاذا كان هو الذي آخره فقد رضى بهذا الضرر

وان كان الشفيع حرييا مستأمنافو كل بطلب الشفعة ولحق بدار الحرب فلا شفعة له كما لو مات بعد التوكيل بطلب الشفعة وان كان الشفيع مسلما أو ذميا فوكل مستأمناف من أهل الحرب ثم دخل الوكيل دار الحرب بطلت وكالته والشفيع علي شفعته لان لحاق الوكيل بدار الحرب كونه وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا يبطل شفعة الموكل فكذلك لحاقه والله أعلم

باب الشفعة في الصلح

(قال رحمه الله واذا ادعى الرجل في دار دعوى من ميراث أو غيره فصالحه بعض أهل الدار علي صلح علي أن جعل ذلك له خاصة فطلب بقية أهل الدار بالشفعة فان كان الصلح علي اقرار فلهم الشفعة في ذلك لان المعطى في المال متملك في نصيب المدعي بما أعطى من العوضين فهو كما لو تملكه بالشراء فتجب عليه الشفعة فيه للشركاء وان كان الصلح علي الانكار فلا شفعة فيه لان في زعم المعطى للمال أنه رشاه ليدفع عنه أذاه ولم يملك عليه شيئا من الدار بهذا الصلح وفيما في يده ينبنى الحكم علي زعمه وهو بالاقدام علي الصلح لا يصير مقرا بثبوت الملك للمدعي في المدعي ولو صالحه بغير اقرار سئل المصالح بينة علي دعوى الذي صالحه فان أقامها فالثابت بالبينة كالثابت بالاقرار فيأخذ المعطى للمال نصيب المدعي ويكون للشركاء أن يطلبوا بحصصهم من الشفعة وهذا لان المعطى للمال يقوم مقام المدعي وقد كان المدعي متمكنا من اثبات نصيبه بالبينة فالمعطى للمال يتمكن من ذلك أيضا ولو صالحه علي سكنى دار له أخرى سنين مسماة لم يكن للشفيع في ذلك شفعة لان المصالح عليه منفعة والدار المملوكة عوضا عن المنفعة بلفظ الشراء لا تستحق بالشفعة فبلفظ الصالح أولى وهذا لما بينا أن الشفعة لا تجب إلا بمعاوضة مال بمال مطلقا والمنفعة ليست بمال مطلقا واذا ادعى حقا في دار فصالحه منه علي دار فالشفيع فيها الشفعة لان في زعم المدعي أنه يملك هذه الدار عوضا عن ملكه في الدار الأخرى بالصلح والصلح علي الانكار مبني علي زعم المدعي في حقه فالشفيع فيها الشفعة بقيمة حقه في الدار الأخرى والقول فيه قول المصالح الذي أخذ الدار بمنزلة ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في مقدار الثمن فان القول في ذلك قول المشتري ولو كان ادعي دينا أو ودية أو خراجة خطأ فصالحه علي دار أو حائط من دار فالشفيع فيها الشفعة باعتبار البناء علي زعم المدعي واذا صالح من سكنى دار أو وصى له بها أو من خدمة عبس علي بيت فلا شفعة

فيه لان أصل المدعى لم يكن مالا فهو كما لو صالح عن القصاص على البيت واذا ادعى على رجل مالا فصالحه على أن يضع جذوعه على حائطه أو يكون له موضعها أبدا وسنين معلومة ففي القياس هذا جائز لان ما وقع عليه الصلح معلوم عينا كان أو منفعة ولكن ترك هذا القياس فقال الصلح باطل ولا شفعة للشفيع فيها لان المصالح عليه ليس برقة الحائط ولا منفعة معلومة فالضرر على الحائط يختلف باختلاف الجذوع في الغلط والدقة في مدة المنفعة لا تستحق بالاجارة فان استنجا الحائط مدة معلومة أو أبدا لوضع الجذوع عليه لا يجوز فكذلك اذا وقع الصلح عليه أرايت لو صالحه على أن يضع عليها هوادى أو على أن يضع جذعا له في حائط أو كان يكون فيه الشفعة لا شفعة في شيء من ذلك وكذلك لو صالحه على أن يصرف مسيل مائه الى دار لم يكن لجار الدار أن يأخذ مسيل مائه بالشفعة لانه ما ملكه بالصلح شيئا من العين وانما أثبت له حق مسيل الماء في ملكه وذلك لا يستحق بمقد مقصود ولهذا لا يجوز استنجاؤه فلا يكون للشفيع فيها الشفعة وفي الكتاب أشار الى حرف آخر قال ألا تري أن المسيل لا يحول عن حاله ولو أخذها الشفيع بالشفعة لم يستفد به شيئا لانه لا يستطيع أن يسيل فيه ما أراد فانه لا يسيل فيه الا من حيث وجب أول مرة وقد كان ينبغى في القياس أن يأخذه بالشفعة ولكننا نقول تركنا القياس وأبطلنا الصلح والشفعة لما قلنا ولو صالحه على طريق محدود معروف في دار كان للجار الملاصق أن يأخذ ذلك بالشفعة وليس الطريق فيها كمسيل الماء لان عين الطريق تملك فيكون شريكا بالطريق ولا يكون شريكا بوضع الجذوع في الحائط والهوادى ومسيل الماء والقياس في الكل سواء وعلى معنى الاستحسان قد أوضحنا الفرق بينهما واذا ادعى الرجل على الرجل ألف درهم فصالحه منها على دار بعد الاقرار أو الانكار فسلم الشفيع الشفعة ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء فرد الدار عليه بحكم أو بغير حكم فلا شفعة فيها لان ما وجب له من الشفعة بالصلح قد أبطله بالتسليم والرد بهذا التصديق ليس بمقد فلا تجدد به الشفعة كما لو تصادقا على أن البيع كان تلجئة بينهما أو رهنا بمال وقد سلم الشفيع الشفعة وان لم يكن الشفيع سلم الشفعة فله أن يأخذها ولا يصدقان على ابطال حقه إلا على قول زفر وهو رواية عن أبي يوسف وأصله فيما لو تصادقا فان البيع كان تلجئة أو بخيار البائت ففسخ البيع وجه قول زفر أنها ينكران وجب الشفعة للشفيع وانما يستحق الشفيع الشفعة عليهما فاذا أنكره كان القول في ذلك قولهما كما لو أنكر البيع

ووجه ظاهر الرواية ان السبب الموجب للشفعة قد ظهر وثبت حق الشفيع باعتبار الظاهر على وجه لا يمكن ابطاله فتصادقا عما يكون معتبرا في حقهما ولا يكون معتبرا في ابطال حق الشفيع ولو كان باعه بالمال المدعي دارا ثم تصادقا على أنه لم يكن له عليه شيء لم يرد الدار على البائع ولكن المشتري يضمن له الثمن لأن البيع لا يتعلق بالدين المضاف اليه بل بمثله دينا في الذمة بخلاف الصالح الا انه كان بيع المقاصة به فاذا تصادقا على أن لادين لم تقع المقاصة فبقى الثمن للبائع على المشتري والشفيع على شفيعته ان لم يكن سلمها وهذا ظاهر لان البيع لم يبطل بهذا التصادق هنا وفي الأول بطل الصالح في حقهما ثم كان الشفيع هناك على شفيعته فهنا أولى والله أعلم

باب شفعة اللقيط

(قال رحمه الله وليس للمتقط أن يطالب بشفعة واجبة للقيط) لان الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وليس له عليه ولاية الشراء إلا أن يكون القاضى جعله قima له في البيع والشراء فيكون بمنزلة الوصي حينئذ في طلب الشفعة لو كبل اليتيم وتسليمه وان اشترى المتقط للقيط دارا بماله فللشفيع فيها الشفعة لان شراء المتقط صحيح لنفسه وهو ضامن لما أدى فيه من مال المتقط فان أدرك اللقيط فلا سبيل له على الدار الا أن يكون شفيعها بدار أخرى له فيأخذها بالشفعة حينئذ فان كان المتقط اشترى الدار بعين من أعيان مال اللقيط فلا شفعة للشفيع فيها لفساد شرائه والاشهاد على المتقط في الحائط المائل للقيط باطل لانه غير متمكن من الهدم وان أشهد على اللقيط بعد ما أدرك فلم يهدمه حتى سقط وأصاب إنسانا فان ذلك على بيت المال لان عاقلة بيت المال كما في جنايته بيده وان لم يسقط حتى أخذ الشفيع منه الدار بالشفعة ثم سقط فلا ضمان على أحد لان تمكنه من الهدم قد زال ولم يوجد الاشهاد على الشفيع وان أخذ الشفيع نصف الدار بان كان اللقيط معه شفيعا في هذه الدار فحكم الاشهاد يبطل في النصف دون النصف اعتبارا للجزء بالكل والله أعلم

باب الشفعة في البناء وغيره

قال (رحمه الله واذا اشترى الرجل دارا بالف درهم ثم اختلف الشفيع والمشتري فقال المشتري أحدثت فيها هذا البناء وكذبه الشفيع فالتقول قول المشتري) لانكاره الشراء في البناء

ولو أنكر الشراء في أصل الدار كان القول قوله فكذلك في البناء وإن أقام البيئتين البيئتين بينة الشفيع لانه ثبت حقه في البناء بسبب ثبوت حقه فيها وهو الشراء ولان الشفيع يثبت اقرار المشتري بانه اشترى البناء وذلك ككذاب منه لشهوده وعلى هذا اختلافهما في شجر الارض ولكن انما يقبل قول المشتري اذا كان محتملا حتى اذا قال أحدثت فيها هذه الاشجار أمس لم يصدق على ذلك لان كل أحد يعلم أنه كاذب فيما يقول وكذلك فيما أشبهه من البناء وغيره وإن قال اشتريتها منذ عشر سنين وأحدثت فيها هذا فالقول قوله لان خبره محتمل وهو منكر لثبوت حق الشفيع فيما زعم أنه أحدثه ولا قول للبائع في شيء من ذلك لانه بالتسليم خرج من الوسط والتحق بأجنبي آخر وإن قال المشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أو قال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول للمشتري اشتريت البناء بخمسمائة ثم اشتريت الارض بعد ذلك بخمسمائة أو قال اشتريت الارض بغير بناء بخمسمائة ثم اشتريت البناء بعد ذلك فلا شفعة لك في البناء وقال الشفيع اشتريتها معا ففي القياس القول قول المشتري لانه ينكر ثبوت حق الشفيع في البناء ألا ترى أنه لو قال وهب لي البناء واشتريت الارض كان القول في ذلك قوله فكذلك هنا ولكنه استحسن فقال القول قول الشفيع هنا لان المشتري أقربا لسبب المثبت لحق الشفيع في الارض والبناء وهو الشراء ثم ادعى تفريق الصفقة ليسقط به حقه في البناء وذلك حادث يدعيه فلا يقبل قوله في ذلك ولكن القول قول الشفيع لانكاره ولا قول للبائع في شيء من ذلك فاما في الهبة هو لم يقر بالسبب المثبت لحق الشفيع في السائل الشفيع يدعي ذلك وهو منكر فالقول قوله ويأخذ الشفيع الأرض بغير بناء وإن قال البائع لم أهب لك البناء فالقول قوله مع يمينه ويأخذ بناءه وإن قال قد وهبته لك كانت الهبة جائزة وكذلك لو قال اشتريت النصف ثم النصف وقال الجار اشتريت الكل بعقد واحد فالقول قول الشفيع استحسانا لما قلنا فان أقاما جميعا البيئتين فعلى قول أبي يوسف البيئتين بينة المشتري لانه هو المحتاج اليها لاثبات تفريق الصفقة وإثبات شيء بخلاف الظاهر وعند محمد البيئتين بينة الشفيع لانه يثبت استحقاق جميع الدار ولانا نجعل كأن الأمرين كانا اذ لا تنافي بينهما ولو اشترى النصف ثم اشترى الكل أو على عكس ذلك كان للشفيع أن يأخذ الكل بالشفعة فكذلك هنا وإن ادعى المشتري أنه اشترى جميع ذلك معا وادعى الشفيع أنه اشتراه متفرقا فالقول قول المشتري لانكاره تفريق الصفقة وانكاره

مادعى الشفيع من ثبوت حق الاخذ له في النصف دون النصف فان قال المشتري وهب لى هذا البيت بطريقه الى باب لدار وباعنى مابقى من الدار بألف درهم وقال الشفيع بل اشتريت الدار كلها بألف درهم فالقول قول المشتري في البيت لانكاره سبب ثبوت حق الشفيع فيه وياخذ الشفيع الدار كلها غير البيت وطريقها ان شاء لان المشتري أقر بوجود السبب الموجب لحق الشفيع فيما سوى البيت وادعى لنفسه حق التقدم عليه بالشركة في الطريق فلا يثبت ما ادعاه بغير حجة فلهذا كان للشفيع أن يأخذ ما سوى البيت وان جحد البائع هبة البيت فالقول قوله مع يمينه وان أقربها فالبيت للموهوب له ولكن لا يصدقان علي ابطال شفعة الشفيع في سائر الدار لان شركته في الطريق سابقا على الشراء لا يظهر بقولهما حق الشفيع الا أن تقوم البينة على الهبة قبل الشراء فيثبت الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم فيصير هو أولى بالدار من الجار ولو ادعى الشفيع أن المشتري هدم طائفة من بناء الدار وكذبه المشتري فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعى سببا مسقطا لبعض الثمن عنه بعد أخذه الدار والمشتري منكر لذلك والبينة بينة الشفيع لانه يثبت بينته سقوط بعض الثمن عنه ورجل أقام البينة أنه اشترى هذه الدار من فلان بألف درهم وأقام آخر البينة أنه اشترى منه هذا البيت بطريقه بمائة درهم منذ شهر قضيت بالبيت لصاحب الشهر لان الشراء حادث وانما يحال بشرائه بمحدوته على أقرب الاوقات ما لم يصرح الشهود بسبق التاريخ وقد صرح به شهود صاحب البيت فيقضى له بالبيت لتقدم عتده فيه ثم له الشفعة فيما بقي من الدار لان شركته في الطريق تثبت قبل ثبوت شراء الآخر فيما بقي من الدار فهو مقدم على الجار ولو لم يوقت شهود صاحب البيت قضيت بالبيت بينهما نصفين لاستواء الدعوى والحجة منهما في البيت وقضيت ببقية الدار للذى أقام البينة على أنه اشترى كلها لانه أثبت شراءه بالبينة ولا مزاحم له في بقية الدار ولا شفعة لواحد منهما قبل صاحبه لانه لم يثبت سبق شراء أحدهما وكلا الأمرين ظهرا ولا يعرف تاريخ بينهما فيجعل كأنهما وقعا معا ولو كانت الداران متلازمتين فاقام رجل البينة أنه اشترى أحدهما منذ شهر بألف درهم وأقام آخر البينة أنه اشترى الآخر منذ شهرين قضيت له بشراء هذه الدار منذ شهرين فن وقت شهوده جعلت له الشفعة في الدار الأخرى لانه يثبت جواره سابقا على بيع الدار الاخرى ولو لم يوقتا قضيت لكل واحد منهما بداره ولم أقض بالشفعة له لانه لما لم يثبت تاريخ في الشرائين يحمل كأنهما وقعا معا وكذلك لو كان أحدهما قبض الدار ولم يقبض

الاخر لان القبض يصاح حجة لدفع الاستحقاق اذا زاحمه غيره فيما هو في يده ولا يكون حجة لاثبات الاستحقاق في الدار الأخرى ولو وقت احدهما ولم يوقت الآخر قضيت لصاحب الوقت بالشفعة لان شراء الآخر حادث فانما يحال بمحدوئه الى أقرب الاوقات وكذلك لو ادعى هبة مقبوضة موقته فالهبة مع القبض في افادة الملك كالشراء واذا كان درب غير نافذ وفيه دور لقوم فباع رجل من أرباب تلك الدور بيتا شارعا في السكة العظمى ولا طريق له في الدار فلا أصحاب الدرب أن يأخذوا البيت بالشفعة لشركتهم في الطريق فان سلموها ثم باع المشتري البيت بعد ذلك فلا شفعة لاهل الدرب فيه لانه لا طريق للبيت في الدرب فبالبيع الاول قد انقطعت شركة الطريق لصاحب البيت مع أصحاب الدرب وانما الشفعة في البيت للجار الملاصق وكذلك لو باع قطعة من الدار بغير طريق لها فهم الشفعة لقيام شركتهم في الطريق وقت البيع فان سلموها ثم باع المشتري فلا شفعة فيها الا لمن يجاورها لانقطاع الشركة في الطريق عند البيع الثاني واذا كان الدرب غير نافذ وفي أقصاه مسجد خطبة وباب المسجد في الدرب وظهر المسجد وجانبه الآخر الى الطريق الأعظم فباع رجل من أهل الدرب داره فلا شفعة لاهل الدرب فيها الا لمن يجاورها بالجوار لان المسجد بمنزلة الطريق النافذ ألا ترى ان موضع المسجد ليس بمملوك لاهل الدرب وان أهل الطريق الأعظم لو أرادوا أن يكون لهذا المسجد باب الى الطريق الأعظم ليدخلوه للصلاة كان لهم ذلك اذا لم يضر ذلك بأهل الدرب ولهم أن يدخلوا في ذلك الدرب ليصلوا في المسجد ثم يخرجوا من جانب الطريق الأعظم فمررنا أنه بمنزلة الطريق الأعظم النافذ فلا تستحق الشفعة إلا بالجوار وعلى هذا حكم السكك التي في أقصاها الوادي المجتاز ولو كان حول المسجد دور يحول بينه وبين الطريق الأعظم كان لاهل الدرب الشفعة بالشركة لان المسجد الآن ليس بطريق نافذ ألا ترى أنه لو رفع بناء المسجد لم يصير الطويق نافذا بخلاف الاول فانه لو رفع بناء المسجد صار الدرب طريقا نافذا الى الطريق الأعظم وفي الموضعين جميعا يجعل المسجد بمنزلة فناء ولو كان في أقصى الدرب باب نافذ الى السكة العظمى كان ذلك طريقا نافذا وان كان الفناء الى دور قوم لم تكن سكة نافذة ولو كان موضع المسجد دارا فيها طريق الى الدرب يخرج من باب آخر منها الى الطريق الأعظم فان كان طريقا للناس ليس لاهل الدرب أن يمنعه فلا شفعة لاهل الدرب الا بالجواز وان كان طريقا لاهل الدار خاصة فأهل الدار شفعاء بالشركة

في الطريق لان الطريق الذي لهم خاصة ملك لهم وان أرادوا سده لم يكن لاحد أن يمنعهم من ذلك وفي الأول الطريق للعامة ولو أراد أهل الدرب سده منعوا من ذلك فلهذا لا يستحقون الشفعة بالشركة في الطريق وان كان درب غير نافذ ليس فيه مسجد فاشترى أهل الدرب من رجل من أهله دارا وظهرها الى الطريق الاعظم فاتخذوها مسجدا وجعلوا بابه في الدرب ولم يجعلوا له الى الطريق الاعظم بابا أو جعلوا ثم باع رجل من أهل الدرب داره فلا أهل الدرب الشفعة بالشركة في الطريق لان قبل بناء المسجد كان الطريق مملوكا لهم وكانت شركتهم فيها شركة خاصة فباتخاذ المسجد لا ينتقض حقهم وشركتهم في الطريق بخلاف مسجد الخطبة فذلك الموضع لم يكن مملوكا لهم قط بل كان ذلك مصلي لجماعة المسلمين فيمنع ذلك نبوت الشركة الخاصة لهم في الدرب وهذا لان صاحب هذا الموضع قبل بناء المسجد كان شريكا في الطريق شركة خاصة فبناء المسجد لا يغير ما كان من الحق في الطريق لهذا الموضع بخلاف مسجد الخطبة واذا اشترى دارا هو شفيعها ولها شفيع آخر غائب ثم ان المشتري تصدق ببيت منها وطريقه على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي ثم قدم الشفيع الغائب فطلب الشفعة فانه تنتقض الصدقة والبيع الاخر ويأخذ نصف جميع الدار بالبيع الأول لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري فباعتبار حقه يتمكن من نقض تصرف المشتري وحقه في النصف لان المشتري شفيع معه فاذا أخذ نصف جميع الدار بالشفعة كان النصف الباقي للمشتري الاول بمنزلة دار بين رجلين باع أحدهما منها موصفا مقسوما أو وهب لم يجز ذلك لما في تصرفه من الضرر على الشريك فانه يحتاج الى قسمتين وربما يفرق نصيبه في موضعين وان لم يخاصم حين باع ما بقي من الدار من المشتري الاول جاز بيعه في نصيبه كما لو باعها صفقة واحدة يجوز البيع في نصيبه وان باع من غيره فالبيع الاول والثاني باطل لدفع الضرر عن الشريك على ما يدنا وشبه هذا بما لو باع جذعا في حائط على أن يقلعه ويسلمه فالبيع باطل لما على البائع من الضرر في التسليم فان سلمه للمشتري جاز البيع لزوال المانع فكذلك البيع الاول في المشترك لم يجز لدفع الضرر عن الشريك فاذا باع ما بقي من المشتري الاول فقد زال ذلك المعنى واذا كانت دارا الرجل الى جنبها دار فتصدق بالحائط الذي يلي دار جاره على رجل وسلمه اليه ثم باعه ما بقي من الدار فلا شفعة فيها للجار لان ملكه غير متصل بالبيع فالحائط الموهوب حائل بين المبيع وبين ملك الجار ولو اشترى رجل حائطا باصله كان للشفيع فيه الشفعة لان ملكه متصل

بالمبيع اتصال تأييد فوضع الحائط من الارض داخل في البيع واذا كان منزل لرجل في دار الى
 جنبه في تلك الدار منزل آخر لرجل آخر وحائط المنزلين بين الرجلين نصفان وفي الدار
 منازل سوى هذين المنزلين وللمنازل كلها طريق في الدار الى باب الدار الاعظم والدار في
 درب غير نافذ وفي الدرب دور آخر غير هذه الدار فباع رب أحد المنزلين منزله فالشريك
 في الحائط أحق بالشفعة في جميع المنزل لان شركته أعم فهو شريك في نفس المبيع لان
 حصة البائع من الحائط دخل في البيع وعن زفر انه قال هو أحق بالشفعة في الحائط سوى
 ذلك من المنزل هو وأهل الدار سواء وكذلك روى عن أبي يوسف لان شركته في
 موضع معين وليس بشريك في جميع المبيع فاما يرجع هو بالشركة في ذلك الموضع خاصة
 ألا ترى أنه لو جمع في البيع بين نصيبه من دار ودار أخرى كان شريكه في تلك الدار أحق
 بالشفعة في تلك الدار خاصة دون الأخرى وجه ظاهر الروية أن الشركة في الحائط أظهر
 من الشركة في الطريق واذا كان بالشركة في الطريق يتقدم الشريك على الجار فبالشركة في
 الحائط أولى وهذا لان الحائط من مرافق جميع المنزل بخلاف الدارين المنفرتين فان سلم
 هو الشفعة فالشركاء في الطريق الذي في الدار أحق لشركة بينهم في الدار لان نصيب البائع
 من الصحن صار مبيعا ولا شركة لاهل الدرب في صحن الدار فان سلموا فالشركاء الملاصقون
 في الطريق الذي قلنا أحق لوجود الشركة بينهم في طريق خاص في درب غير نافذ فان
 أسلموا فالجيران الملاصقون للدار الى هذا المنزل فيه شركاء في شفعة هذا المنزل والملاصق
 منهم لهذا المنزل والملاصق لاقصى الدار سواء لان ملك كل واحد منهم متصل بالمبيع
 فحصة البائع من صحن الدار داخل في البيع فقيام الاتصال في طريق واحد يكفي للجوار فهذا
 أستووا في استحقاق الشفعة وقال أبو حنيفة في السكة التي ليس لها منفذ * باع رجل منهم
 دارا فهم جميعا شفعاء فيها للشركة بينهم في طريق خاص في الطريق فان كان زقاقا فيه
 عطف بدور فكذلك أيضا وان كان العطف مربعا فباع رجل فيه دارا فالشفعة لاصحاب
 العطف دون أصحاب السكة لان موضع العطف المربع لاصحاب العطف خاصة دون
 أصحاب السكة وفي العطف المدور حقهم جميعا في ذلك الصحن ثابت ولان المربع من العطف
 بمنزلة سكة في سكة ولو كانت سكة في سكة في سكة في سكة في سكة في سكة في سكة في سكة
 السكة أحق بالشفعة من أصحاب السكة الاولى وان يمت دار في السكة الاولى كانت

الشفعة لأصحاب السكتين جميعا للشركة الخاصة بينهم في طريق السكة الاولى واختصاص أصحاب السكة الاولى بالطريق في السكة الاقصى واذا أقر البائع ببيع داره من هذا الرجل وأنه قد قبض منه ثمنها أو لم يقبض الثمن فللشفيع أن يأخذها بالشفعة من البائع لاقراره بثبوت حق الشفيع وان قال بعثها منه وسلمتها اليه ثم أودعتها فللشفيع أن يأخذها بالشفعة لانه أقر بثبوت حق الشفيع فان كان خصما له ثم ادعى بعد ذلك ما يخرج به من الخصومة وهو التسليم ثم الابداع فلا يقبل قوله فيما ادعى وللشفيع أن يأخذها وان جحد المشتري انشراء وان كان أقر أنه باعها من رجل غائب بألف درهم فلا خصومة بين الشفيع وبينه حتى يحضر المشتري لان الشفيع مصدق فيما أقر له به والدار وان كانت في يد البائع فهي مملوكة للمشتري فلا يأخذها الشفيع الا بمحض منها رجل ادعى أنه باع من هذه الارض خمسين جرينا من رجل فلم يدع الشفيع الشفعة ثم خاصم فيها الى القاضي فابطل شفيعته لتركة الطلب ثم اختصم البائع والمشتري في مقدار المبيع وقضى القاضي بينهما بالبينة ثم ادعى الشفيع شفيعته قال ان وقع القضاء على ما كان بلغ الشفيع أو أقل منه فلا شفعة له وان وقع على أكثر منه فله الشفعة لان تسليمه الشفعة خمسين جرينا بالثمن الذي بلغه تسليم فيما دون ذلك بطريق الأولى ولا يكون تسليما في أكثر من ذلك فقد يرغب الانسان في الاخذ عند الكثرة بما لا يرغب فيه عند القلة واذا اشترى قوم أرضا فاقسموها دورا وتركوا منها سكة ممشى لهم وهي سكة ممدودة غير نافذة فبيعت دار من أقصاها فهم جميعا شركاء في شفعتها للشركة الخاصة بينهم في الطريق الذي رفعوه بينهم ومن كانت داره أسفل من الدار المبيعة أو أعلى في الشفعة هنا سواء لان شركتهم في الطريق من أول السكة الى آخرها وليس لبعضهم أن يمنع البعض من الانتفاع بشيء من السكة فلهذا كانوا في الشفعة سواء وكذلك ان كانوا ورثوا الدور عن آبائهم ولا يعرفون كيف كان أصلها فهذا والاول سواء لانهم شركاء في الفناء وهو الطريق الذي في السكة فيستوون في استحقاق الشفعة قال في الكتاب والشريك في الفناء أحق من الجار فان كان مراده فناء مملوكا لهم ملكا خاصا فهو ظاهر وان كان المراد فناء غير مملوك فع ذلك هم أخص بالانتفاع بذلك الفناء ولهم أن يمنعوا غيرهم من الانتفاع به فهو بمنزلة الطريق الخاص بينهم في استحقاق الشفعة * رجل باع دارا فرضي الشفيع ثم جاء يدعى انه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أو ظن انها أبعد أو أقرب

ويدعى شفعة حين علم فلا شفعة له علم أو لم يعلم لأنه أسقط حقه بعد الرجوع وجهه بوجوب حقه لا يمنع صحة تسليمه بجهله بمقدار حقه أولى * رجل أقام البيعة أنه اشترى من رجل كل حق هو له في هذه الدار فإن كان المشتري يعلم كم نصيب البائع من الدار جاز البيع علم البائع أو لم يعلم إلا في رواية عن أبي حنيفة قال ما لم يعلم جميعا كم نصيب البائع لا يجوز البيع لأن البيع مشروع للاسترباح وجهل البائع بمقدار نصيبه ربما يفوت مقصوده من البيع كجهل المشتري وفي ظاهر الرواية قال لا ترى يملك بالشراء فلا بد من أن يعلم بمقدار ما يملكه لأنه يحتاج إلى القبض فإذا لم يكن معلوما له لا يتمكن من القبض وأما البائع إنما يملك الثمن ويقبض بحكم العقد الثمن ومقداره معلوم له فلا يضر جهله بمقدار نصيبه ألا ترى أن عدم الرؤية من المشتري يثبت الخيار له ومن البائع لا يثبت الخيار له وإن لم يعلم المشتري كم نصيب البائع وعلم البائع ذلك أو لم يعلم فالبيع فاسد في قول أبي حنيفة جائز في قول أبي يوسف والمشتري بالخيار إذا علم وقول محمد مضطرب فيه ذكره في بعض النسخ مع أبي يوسف وفي البعض مع أبي حنيفة وجه قوله قول أبي يوسف أن انعقاد البيع يكون المبيع مالا متقوما وهما يعلمان أن نصيب البائع من الدار مال متقوم قل ذلك أو كثر فيجزئ البيع بوضعه أن قلة نصيبه وكثرته يؤثر في الشفعة من حيث الشفعة والجهل باوصاف المبيع لا يمنع صحة البيع ولكن يثبت الخيار للمشتري إذا علم به ويجب للشفيع فيه الشفعة وجه قول أبي حنيفة أن هذه جهالة تقضى إلى تمكن المنازعة بينهما أما في الحال أن احتاج المشتري إلى قبض المبيع أو في ثاني الحال أن تقايل البيع أو رده بالميب أو أخذه الشفيع والجهالة في المقود عليه إذا كانت تقضى إلى المنازعة تمنع صحة العقد كبيع شاة من القطيع وإذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله أن يردّها بخيار الرؤية وبخيار العيب على من أخذها منه وإن كان المشتري قد رآها ويرأى من عيوبها عند الشراء لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء والمشتري لم يكن نائبا عن الشفيع فرويته ورضاه بالميب لا تعتبر في حق الشفيع وإذا بنى الشفيع في الدار ثم استحققت من مدة رجع الشفيع بالثمن على من كانت عهده عليه ولم يرجع بقيمة البناء بخلاف المشتري إذا بنى ثم استحققت الدار ونقض بناؤه فإنه يرجع بقيمة البناء على البائع لأن المشتري مغرور بالبائع أوجب له العقد باختياره وضمن له السلامة من عيب الاستحقاق فإذا ظهر الاستحقاق كان له أن يرجع على البائع بحكم الغرور فاما الشفيع لم يصبر يروا من جهة أحد لأنه أجبر

المأخوذ منه على تسليم الدار اليه فلا يصير مغرورا يوضح الفرق أن البائع بإيجاب البيع مسلط للمشتري على البناء والمأخوذ منه بالشفعة غير مسلط للشفيع على شيء بل هو مجبر على تسليمها اليه فلا يرجع بقيمة البناء عليه ولكنه يهدم بناءه وينقله الى حيث أحب ونظير هذا الفرق من اشترى جارية واستولدها ثم استحققت فالمشتري يرجع بالثمن وبقيمة الولد على البائع للغرور وبمثله الجارية المأسورة اذا وقعت في سهم رجل فاخذها مولاهما بالقيمة واستولدها ثم أقام رجل الينة أنها جاريته دبرها قبل أن تؤسر ردت عليه لان المدبرة لا تملك بالاحراز فيضمن الواطيء عقرها وقيمة الولد لانه وطئها بشبهة ثم يرجع على الذي وقع في سهمه بالقيمة التي أعطاهما إياها ولا يرجع بالمقر ولا بقيمة الولد لانه لم يصير مغرورا من جهته فقد كان من وقعت في سهمه مجبرا على تسليمها اليه بالقيمة والغرور ينعدم بهذا ويعوض الذي كانت وقعت في سهمه قيمتها من بيت المال لان نصيبه من القسمة استحق فيثبت له حق الرجوع على شركائه ويتعذر ذلك عليها لتصرفهم فيعوض له من بيت المال لانه لو تعذر قسمة شيء بين الغانمين كالدرة النفيسة يجعل ذلك في بيت المال فكذلك اذا لحقه غرم يجعل ذلك على بيت المال لان الغرم بمقابلة الغرم وان لم يشهد شهود المدعى بالتدبير لم يكن له على الجارية سبيل لان المشترين ملكوها بالاحراز وقد ملكها من وقعت في سهمه ثم تسليمها بالقيمة الى المدعى بمنزلة البيع المبتدئ فكأنه اشتراها واستولدها ثم حضر المأسور منه وفي هذا لا سبيل له عليها بخلاف المدبرة فانها لا تملك بالاحراز لثبوت حق العتق لها بالتدبير والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

تم الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط
وبليه الجزء الخامس عشر وأوله كتاب القسمة

فهرست الجزء الرابع عشر من كتاب المبسوط
 للإمام السرخسي الحنفي رحمه الله

صفحة

٢	كتاب الصرف
٢٣	باب الخيار في الصرف
٢٤	باب البيع بالفلوس
٣٥	باب القرض والصرف فيه
٤٢	باب الرهن في الصرف
٤٢	باب الصرف في المعادن و تراب الصواغين
٤٦	باب صرف القاضي
٤٧	باب الاجارة في الصياغة
٥٣	باب الصرف في الوديعة
٥٥	باب الصرف في الوزنيات
٥٦	باب الصرف في دار الحرب
٥٩	باب الصرف بين المولى وعبد
٦٠	باب الوكالة في الصرف
٦٦	باب العيب في الصرف
٧٠	باب الصلح في الصرف
٧٣	باب الصرف في المرض
٧٦	باب الاجارة في عمل التمويه
٩٠	كتاب الشفعة
١٢٠	باب الشهادة في الشفعة
١٢٨	باب الشفعة بالمروض
١٣٢	باب الشفعة في الارضين والانهار

صحيفة

- ١٤٠ باب الشفعة في الهبة
١٤٤ باب الخيار في الشفعة
١٤٢ باب ما لا تجب فيه الشفعة من النكاح وغيره
١٥ باب الشفعة في المريض
١٥٤ باب تسليم الشفعة
١٦٠ باب شفعة أهل البغى
١٦٠ باب الوكالة في الشفعة
١٦٨ باب شفعة أهل الكفر
١٧٤ باب الشفعة في الصالح
١٧٦ باب شفعة اللقيط
١٧٦ باب الشفعة في البناء وغيره

﴿ تمت ﴾

